

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO
CURSO DE DIREITO

BÁRBARA MACIEL SANTANA

NATUREZA DO DIREITO DE RETROCESSÃO NA
TREDESTINAÇÃO ILÍCITA

Florianópolis

2016

BÁRBARA MACIEL SANTANA

**NATUREZA DO DIREITO DE RETROCESSÃO NA TREDESTINAÇÃO
ILÍCITA**

Trabalho de Conclusão apresentado ao
Curso de graduação em Direito da
Universidade Federal de Santa Catarina
como requisito à obtenção do título de
bacharel.

**Orientador: Prof. José Sérgio da
Silva Cristóvam**

Florianópolis

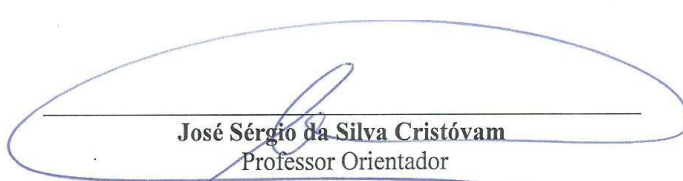
2016

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

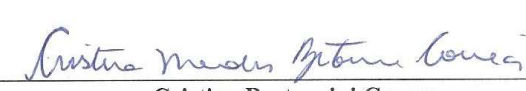
TERMO DE APROVAÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado “Natureza do direito de retrocessão na tredestinação ilícita”, elaborado pela acadêmica Bárbara Maciel Santana, defendido em 29/11/2016 e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 9,00 (nove), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

Florianópolis, 29 de Novembro de 2016


José Sérgio da Silva Cristóvam
Professor Orientador


Pedro Menezes Niebuhr
Membro de Banca


Cristina Bertoni Correa
Membro de Banca



Universidade Federal de Santa Catarina
Centro de Ciências Jurídicas
COORDENADORIA DO CURSO DE DIREITO

TERMO DE RESPONSABILIDADE PELO INEDITISMO DO TCC E
ORIENTAÇÃO IDEOLÓGICA

Aluno(a):

RG: 31795803

CPF: 04857076594

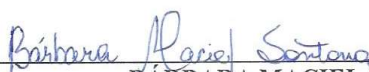
Matrícula: 12201138

Título do TCC: Natureza do direito de retrocessão na tredestinação ilícita

Orientador(a): José Sérgio da Silva Cristóvam

Eu, Bárbara Maciel Santana, acima qualificada; venho, pelo presente termo, assumir integral responsabilidade pela originalidade e conteúdo ideológico apresentado no TCC de minha autoria, acima referido

Florianópolis, 29 de novembro de 2016.



BÁRBARA MACIEL SANTANA

Aos meus pais, Jane e Adailton, meus exemplos de vida, pelo amor, pelo cuidado e pela dedicação que sempre demonstraram.

Às minhas irmãs, Débora e Letícia, pela amizade e pelo companheirismo.

AGRADECIMENTOS

Apenas um sonho que se sonha junto é realidade, por isso, não poderia deixar de reconhecer e agradecer o auxílio de pessoas tão especiais que me proporcionaram esse momento.

Agradeço, primeira e especialmente, a Deus, sem o qual eu não seria nada, por ter estado presente em todos os dias da minha vida, dando suporte às minhas escolhas e proporcionando-me equilíbrio emocional nos cinco anos em outro Estado.

Ao meu pai, Adailton, por ser meu exemplo de coração generoso e de ajuda ao próximo; e à minha mãe, Jane, por ser minha inspiração como mulher e meu exemplo de determinação e coragem ao enfrentar as diversidades. Obrigada por todo amor e apoio, e por serem meus maiores incentivadores e exemplos de vida.

Às minhas irmãs, Débora e Letícia, integrantes do trio de amizade mais antigo e verdadeiro que já participei. Obrigada por todo companheirismo, amor e divergências; essenciais para a construção de quem sou.

Ao meu namorado, Fábio, minha dupla de vida e meu maior exemplo de humildade e simplicidade. Obrigada por todo amor e paciência.

Ao meu cunhado Henrique, que me instiga a desconstruir e analisar as diversas versões da verdade. Obrigada por fazer parte da família.

À família Maciel, a qual puxei meu lado crítico e meu gosto por debates; e à família Santana, que influenciou o meu jeito sério e centrado de analisar as situações. Obrigada pelo apoio.

Aos meus antigos chefes e amigos do Ministério Público, Marina, Gabriela, Márcio e Larissa. Obrigada por todos os ensinamentos e por terem despertado meu amor pelo direito administrativo.

Às grandes amizades que formei nesses cinco anos de curso, em especial, às “*dez amigas que não brigam*”, sem dúvidas o melhor grupo que eu poderia fazer parte. Obrigada a Bárbara, xará e parceira do RU, por me inspirar ao ser meu exemplo de concurseira, sem deixar o pagode de lado; a Beatriz, amiga/mãe, por me arrastar para todas as atividades extracurriculares e estar sempre a postos para me ajudar; a Camila, parceira do RU, por divertir meus dias ao ser essa pagodeira aspirante a blogueira que não sabe escolher lados; a Desiree, por me ensinar muito com seu jeito meigo e despreocupado de levar a vida; a Elisa, por ser meu exemplo de mulher forte e desconstruída; a Kariny, parceira do RU, pelo jeito meigo de ser e por estar sempre com um sorriso no rosto, mesmo sem deixar seu lado escorpiano; a Renata, panda, por se doar às amizades e ser exemplo de excelência acadêmica, salvando os trabalhos em equipe; a Taená, melhor dupla do EMAJ, por ser parceira em todos os meus projetos de vida; a Thayse, por me ensinar a não ver maldade nas pessoas e por alegrar minhas manhãs com seu jeito descontraído de ser. Obrigada pelo carinho e amizade, estarão para sempre no meu coração.

Aos meus amigos de longa data, Adriana e Taciany, do grupo *enroladas*, pelos conselhos acadêmicos e pelos encontros; Rayanne, Juliana, Kaoane e Renata, do grupo *sem saída*, por divertirem os meus dias com os melhores comentários; Alana, Aline, Antônio, Ayanne, Daniela, Carol, Douglas, Isla, Larissa, Marina, Renê e Talitha, do grupo *friends 4ever*, por todas as “casas de alana” e pelos melhores debates; e Marlyanna e Danilo, parceiros de saídas em São Paulo. Obrigada pelo carinho e amizade apesar da distância.

Ao professor Cristóvam, por todos os ensinamentos e orientação. Obrigada pelo interesse e dedicação ao lecionar.

*A essência da vida é andar para a frente;
sem possibilidade de fazer ou intentar marcha a trás.
Na realidade, a vida é uma rua de sentido único.*
(Agatha Christie)

*As prerrogativas da Administração não podem ser vistas
ou denominadas como poderes-deveres. Antes se
qualificam e melhor se designam como deveres-poderes.*
(Celso Antônio Bandeira de Mello)

RESUMO

SANTANA, Bárbara Maciel. **Natureza do direito de retrocessão na tredestinação ilícita**. 2016. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito – Área: Direito Administrativo) – Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Florianópolis.

O presente trabalho de conclusão de curso possui enfoque na natureza do direito de retrocessão na tredestinação ilícita, tema que há muito tempo tem sido alvo de divergências doutrinárias e jurisprudenciais. Assim, neste estudo, será analisado o instituto da intervenção do Estado na propriedade com enfoque no direito de retrocessão, buscando sintetizar as correntes doutrinárias existentes e indicar as diferenças práticas que surgem quando se adota uma ou outra. Afinal, o instituto da retrocessão foi inserido no Código Civil de 2002 no capítulo dos direitos pessoais, mas a jurisprudência dos tribunais superiores vem se firmando no sentido de conferir natureza real, garantindo ao particular desapropriado a possibilidade de reaver o bem mesmo que esse já tenha sido alienado a terceiros. Desta forma, o tema é de grande importância por envolver o confronto de dois direitos do Estado Democrático: o direito de expropriação, buscando o interesse público, e o direito de propriedade; e por ser necessário para a delimitação clara do alcance da retrocessão. Por fim, examina-se como os tribunais pátrios estão resolvendo a matéria, mediante pesquisa amostral de julgados. Utiliza-se o método de procedimento monográfico, o método de abordagem indutivo e a técnica de pesquisa indireta, com pesquisa bibliográfica e jurisprudencial.

Palavras-chave: Intervenção do Estado na propriedade. Direito de Retrocessão. Natureza do direito de retrocessão. Tredestinação ilícita.

ABSTRACT

SANTANA, Bárbara Maciel. **Nature of the right of retrocession in illicit tredestination.** 2016. Undergraduate thesis (Bachelor of Law – Area: Administrative Law) – Federal University of Santa Catarina, Legal Sciences Center, Florianópolis.

The present undergraduate thesis has focus on the nature of the right of retrocession in illicit tredestination, a subject that has long been the target of doctrinal and jurisprudential divergences. Thus, in this study, the institute of state's intervention in property with a focus on right of retrocession will be analyzed, seeking to synthesize the existing doctrinal currents and indicate the practical differences that arise when adopting one or the other. After all, the retrocession institute was inserted in the 2002 Civil Code in the chapter of personal rights, but the jurisprudence of the superior courts has been established in order to confer real nature, guaranteeing to the expropriated individual the possibility of recovering the good even if it was already sold to third parties. Thereby, this is an important issue because it involves the confrontation of two Democratic State rights: the right of expropriation, seeking the public interest, and the right of property; and because it is necessary for the clear delimitation of the scope of retrocession. Finally, it is examined how the country's courts are solving the matter, through a sample survey of judgments. The methods of monographic procedure, inductive approach and indirect research, involving bibliography and jurisprudence, were used.

Keywords: State's intervention in property. Right of Retrocession. Nature of the right of retrocession. Illicit tredestination.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	12
1. CAPÍTULO – SOBRE A INTERVENÇÃO DO ESTADO NA PROPRIEDADE E A DESAPROPRIAÇÃO	11
1.1 Direito de Propriedade	11
1.1.1 Origem da propriedade privada	11
1.1.2 A propriedade privada e o ordenamento brasileiro.....	15
1.2 Supremacia do Interesse Público.....	17
1.2.1 Interesse Público.....	17
1.2.2 Regime Jurídico-Administrativo	19
1.2.3 Supremacia do interesse público sobre o privado.....	20
1.3 Fundamentos Constitucionais da Intervenção do Estado na Propriedade	22
1.4 Modalidades de Intervenção	24
1.4.1 Intervenção restritiva	24
1.4.2 Intervenção Supressiva	25
1.5 Desapropriação	25
1.5.1 Fundamentos	29
1.5.2 Objeto	29
1.5.3 Pressupostos	30
1.6 Situações específicas na desapropriação	32
1.6.1 Direito de extensão	32
1.6.2 Tredestinação.....	33
2. CAPÍTULO – NATUREZA JURÍDICA DO DIREITO DE RETROCESSÃO .	32
2.1 Do direito de retrocessão.....	32
2.2 Natureza pessoal	37
2.3 Natureza mista	42
2.4 Natureza real.....	43
3. CAPÍTULO – O INSTITUTO DA RETROCESSÃO NA VISÃO DOS TRIBUNAIS.....	48
3.1 Tredestinação lícita x direito de retrocessão	51
3.2 Prazo para dar destinação de interesse público ao bem expropriado	56
3.3 Prazo do direito de retrocessão.....	59
3.4 Natureza do direito de retrocessão	60
CONCLUSÃO.....	62
REFERÊNCIAS.....	67

INTRODUÇÃO

A Administração Pública possui, dentre os seus poderes, o poder de polícia, cujo exercício limita o exercício de direitos individuais, bem como o uso, gozo e disposição da propriedade, na busca do interesse da coletividade, e que põe em prática o Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Privado.

Dentre as formas de controle utilizadas pela Administração Pública como forma de intervenção na propriedade, tem-se a desapropriação como a mais drástica de todas, e através da qual o Estado retira de forma compulsória a propriedade do particular.

No momento em que o Poder Público desvia a finalidade do ato, não dando ao bem expropriado a destinação constante no decreto expropriatório, ocorre o uso indevido do seu poder expropriatório. Nesse contexto, questiona-se qual seria o direito do expropriado, que teve sua garantia constitucional à propriedade deixada de lado em nome do interesse público. Esse direito recebe o nome de retrocessão, mas várias são as correntes de pensamento defendidas pela doutrina brasileira, cerne deste trabalho.

A desapropriação pode ser definida como sendo o procedimento administrativo de Direito Público pelo qual a Administração adquire, compulsória e originariamente, a propriedade de terceiro, por utilidade ou necessidade pública, ou por interesse social, com prévia e justa indenização em dinheiro, salvo casos previstos em lei, sendo adequado dizer que além de necessária, a desapropriação tem que ser indispensável, capaz de satisfazer o interesse público, sendo exceção à regra da garantia à propriedade.

Tendo como base o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, a propriedade privada cederia sempre que se encontrasse em cheque com o interesse público. A Constituição Federal, ao prever a possibilidade da expropriação, limitou o seu uso aos casos em que a utilidade ou necessidade pública, ou ainda o interesse social, exigissem, caso contrário seria considerado inconstitucional.

Nos casos em que o ente público desapropria o bem, mas não garante a utilização na busca do interesse público, ocorre o desvio de finalidade ilícito, ensejando o surgimento o direito de retrocessão, que deriva do latim *retrocessio*, e que possui grande divergência doutrinária e jurisprudencial acerca da sua natureza jurídica. A jurisprudência dos tribunais superiores que até há pouco inclinou-se no sentido de entender o direito d de retrocessão como sendo pessoal, vem mudando e firmando seu posicionamento conferindo força de direito real ao instituto.

O presente trabalho tem como tema o direito de retrocessão na desapropriação, mais especificadamente a análise da natureza do direito de retrocessão na tredestinação ilícita.

Como problema desta pesquisa, questiona-se se, a partir de uma pesquisa amostral dos julgados pátrios, qual a natureza do direito de retrocessão. Diante disso, o objetivo deste trabalho é analisar as teorias existentes e a aplicação práticas nos tribunais brasileiros.

Justifica-se a pesquisa pelo grande interesse prático, já que entender a retrocessão como direito real ou pessoal delimita a própria extensão do direito que assistirá ao ex-proprietário. Este poderá experimentar ressarcimento através do pagamento de perdas e danos ou do retorno do bem ao seu patrimônio, conforme entendimento adotado. Outras relevantes questões sofrem reflexos diante da definição da natureza jurídica da retrocessão, o prazo prescricional a ser observado e a transmissibilidade do direito, são exemplos desses reflexos.

Para isso, utilizar-se-á o método de procedimento monográfico, o método de abordagem indutivo e a técnica de pesquisa indireta, com pesquisa bibliográfica e jurisprudencial.

Primeiramente, far-se-á uma análise conceitual sobre a intervenção do Estado na propriedade, de forma geral, e, após, mais especificadamente, da modalidade desapropriação, relacionados ao Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Privado.

Após, explorar-se-á, as correntes doutrinárias relacionadas ao direito de retrocessão na tredestinação ilícita, apontando as diferenças práticas ao escolher uma ou outra e as legislações pertinentes.

Por fim, proceder-se-á a verificação das possíveis consequências jurídicas da classificação da natureza do direito de retrocessão, mediante a observância de nossa jurisprudência. Para a análise amostral, efetuou-se pesquisa nos sítios eletrônicos do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

Nesta pesquisa, para a escolha dos casos abordados, optou-se por aqueles que demonstram com maior clareza o entendimento majoritário das cortes, tendo alguns deles, inclusive, servido de parâmetro e razão de decidir de julgamentos posteriores.

1. CAPÍTULO – SOBRE A INTERVENÇÃO DO ESTADO NA PROPRIEDADE E A DESAPROPRIAÇÃO

O direito de propriedade, reconhecido constitucionalmente, quando se opõe ao princípio da supremacia do interesse público sobre o privado pode sofrer restrições, sendo a mais drástica a desapropriação.

1.1 DIREITO DE PROPRIEDADE

1.1.1 Origem da propriedade privada

Segundo Fustel de Coulanges, a propriedade privada se fundava na própria religião. Em sua análise, cada família possuía o seu lar e os seus antepassados que eram adorados e protegidos exclusivamente por esta família. O local onde eram enterradas as pessoas das famílias também era identificado como sagrado, pois os mortos eram considerados divindades e cada núcleo familiar possuía um altar para seus deuses. Tanto o solo onde se localizava o altar como o solo onde eram enterrados seus antepassados era propriedade daquela determinada família.¹

Torna-se evidente como a propriedade privada era uma instituição, sem a qual a religião doméstica não podia passar. Esta religião prescrevia isolar o domínio e isolar também a sepultura: a vida em comum torna-se, pois, impossível. A mesma religião ordenava que estivesse o lar fixo ao chão e não fosse o túmulo nem destruído, nem deslocado. [...] Por intermédio de lar fixo e de sepulturas permanentes, a família tomou posse do solo; a terra foi, por assim dizer, imbuída e penetrada pela religião do lar e dos antepassados. [...] Não foram as leis, mas a religião, aquilo que primeiro garantiu o direito de propriedade.²

Deixando de entender o direito de propriedade como um direito natural e passando a enxergá-lo com um enfoque socioeconômico, nota-se a relação intrínseca entre a concepção de lar e o surgimento da propriedade, que passaram do caráter público e coletivista ao privado e individualista. Engels explica que nas sociedades primitivas as relações de parentesco eram coletivas, assim como a apropriação da terra, já que todos permaneciam no mesmo núcleo familiar. Entretanto, no decorrer da história, o lar passou a ter uma concepção privada, a propriedade foi delimitada e surgiram direitos relacionados à sucessão patrimonial.

¹ COULANGES, Fustel de. *A Cidade Antiga*. 5.ed. São Paulo: 2004, p. 63 e 64.

² Ibidem.

Estruturou-se, então, a família monogâmica, que tem como base o predomínio do homem e a exigência da fidelidade exclusiva da mulher. Ao homem era reservado o direito à infidelidade conjugal, já os filhos gerados fora do matrimônio, não eram reconhecidos e não tinham direito à herança.³

1.1.2 A propriedade privada e o ordenamento brasileiro

A propriedade é quase como algo inato do ser humano, mais do que um fenômeno jurídico, podemos caracterizá-la como um fenômeno social, abraçado pelo direito. O conceito de propriedade desenvolve-se quase que conjuntamente com a transição da fase do homem selvagem para a do homem sedentário, quando a civilização assenta-se sobre determinados espaços físicos, retirando da terra seu sustento e valores. No Brasil, a positivação constitucional do direito de propriedade, em 1824 e depois em 1891, tratou essa garantia em toda a sua plenitude, com influência das constituições liberais americana, de 1787, e francesa, de 1789.⁴

Sustenta José dos Santos Carvalho Filho que:

*Modernamente se tem assegurado a existência da propriedade como instituto político, mas o conteúdo do direito de propriedade sofre inúmeras limitações no direito positivo, tudo para permitir que o direito privado não se sobreponha aos interesses maiores da coletividade.*⁵

A Constituição Federal de 1988 contemplou o direito de propriedade como direito fundamental e a propriedade privada como princípio da ordem econômica. O art. 5º, inciso XXII, da Constituição Federal de 1988, garante a todos o direito de propriedade, que, conforme disposto no inciso XXIII da mesma carta, deverá atender à sua função social. Já o art. 170, II determina que:

A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: II - propriedade privada.

Nesse sentido, o art. 1.231 do Código Civil dispõe que “A propriedade presume-se plena e exclusiva, até prova em contrário”.

³ ENGELS, Friedrich. *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1982, p. 80.

⁴ ASSIS, Luiz Gustavo de. *A evolução do direito de propriedade ao longo dos textos constitucionais*, 2008. Disponível em: <file:///C:/Users/usermaster/Downloads/67828-89259-1-PB.pdf>. Acesso em: 22/09/2016.

⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 812.

Desta forma, configurado como uma garantia constitucional, o direito de propriedade assegura ao seu detentor as prerrogativas de usar, fruir, dispor e reaver a coisa dominada, de modo absoluto, exclusivo e perpétuo⁶.

Conforme o ensinamento de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, não existe somente esses direitos intrínsecos na propriedade, também temos que *“perseguir a propriedade nas mãos de quem quer que injustamente a detenha, e cujo desmembramento implica a constituição de direitos reais parciais, evoluiu no sentido individual para o sócia”*.⁷

Assim sendo, ocorre oponibilidade *erga omnes*, ensejando obrigação a toda a sociedade de respeitar a utilização desse direito, dessa garantia, sendo concedido ao proprietário a possibilidade de utilização do bem objeto do direito da forma que melhor lhe convir, desde que não cause prejuízo a terceiros ou viole direitos e garantias dos demais cidadãos, não possuindo prazo prescricional desse direito, devendo durar a qualidade de proprietário até a transferência desse direito por *mortis causa* ou por ato *inter vivos*. Sendo necessário, entretanto, cumprir a função social da propriedade.⁸

Di Pietro, analisando todos esses aspectos define que:

*A propriedade, como mais amplo direito real, que congrega os poderes de usar, gozar, dispor da coisa de forma absoluta, exclusiva e perpétua, bem como o de persegui-la nas mãos de quem quer que injustamente a detenha, e cujo desmembramento implica a constituição de direitos parciais, evolui do sentido individual para o social.*⁹

A doutrinadora estabelece, ainda, que atualmente prevalece o princípio da função social da propriedade, que autoriza não apenas a imposição de obrigações de não fazer, como também as de deixar de fazer e, hoje, pela Constituição, a obrigação de fazer, expressa no art. 182, §4º, consistente no adequado aproveitamento do solo urbano.¹⁰

Orlando Gomes leciona que o conceito de propriedade que prevaleceu entre os romanos, após longo processo de individualização, é o mesmo conceito utilizado modernamente de individualista, em seus dizeres, *“cada coisa tem apenas um dono. Os poderes dos proprietários são os mais amplos”*.¹¹

⁶ CARVALHO, Matheus. *Manual de Direito Administrativo*. 2ª ed. Bahia: Editora JusPodivm. 2015, p. 989.

⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 124.

⁸ CARVALHO, Matheus. *Manual de Direito Administrativo*. 2ª ed. Bahia: Editora JusPodivm. 2015, p. 989.

⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 130.

¹⁰ Ibidem.

¹¹ GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. P.115.

Em relação à função social da propriedade, lecionada Carlos Roberto Gonçalves que:

O princípio da função social tem controvertida origem. Teria sido, segundo alguns, formulado por Augusto Comte e postulado por Léon Duguit, no começo do século. Em virtude da influencia que a sua obra exerceu nos autores latinos, Duguit é considerado o precursor da idéia de que os direitos só se justificam pela missão social para o qual devem contribuir e, portanto, que o proprietário deve comportar-se e ser considerado, quanto á gestão dos seus bens, como um funcionário.¹²

Nos dizeres de Carvalho Filho, a função social da propriedade “[...] *autoriza não só a determinação de obrigações de fazer, como de deixar de fazer, sempre para impedir o uso egoístico e antissocial da propriedade. Por isso, o direito de propriedade é relativo e condicionado*”.¹³

Sendo concedida à União a competência de legislar sobre o direito civil, incluindo a possibilidade de editar leis que tratem acerca do direito de propriedade e dos demais direitos reais, conforme previsão constitucional, em seu art. 22, inciso I.

1.2 SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO

1.2.1 Interesse Público

Existem diversos conceitos de interesse público, os quais sempre estarão relacionada aos diferentes modelos de Estado. Atualmente vivemos no Estado democrático de direito, também chamado de Estado constitucional de direito, instituído pela Constituição Federal de 1988 em seu preâmbulo. Como dispõe José Sérgio da Silva Cristóvam:

A noção de interesse público adequada a este modelo de Estado constitucional de direito não pode ser outra que não aquela nascida, afirmada e limitada pela ordem constitucional vigente, fonte de legitimação e justificação de todas as instituições democráticas e dos poderes constituídos. E a convivência (mais ou menos conflituosa) entre interesses públicos e interesses privados deve submeter-se de forma indelével à batuta harmonizadora das normas constitucionais, regentes máximas da estrutura social e do Estado. O tempo atual é o

¹² GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. Volume V: Direito das Coisas. 3 ed. ver. E atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 222.

¹³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 813.

*da Constituição, à qual devem formal e substancial submissão tanto o Estado como os cidadãos e os demais atores sociais em geral.*¹⁴

Desta forma, para um ato ser considerado de interesse público não basta ser praticado pela Administração Pública, mas sim, deve estar de acordo com as normas constitucionais, pois a Constituição Federal é norma que justifica e limita a atuação administrativa.

O conceito de interesse público é amplo e indeterminado. Há quem entenda que é um interesse contraposto ao individual, enquanto outros defendem que é a somatória de interesses individuais.

Nesse viés, para Bandeira de Mello o interesse público nada mais é que a dimensão pública dos interesses individuais, ou seja, dos interesses de cada indivíduo enquanto partícipe da Sociedade:

*Ao se pensar em interesse público, pensa-se, habitualmente, em uma categoria contraposta ao de interesse privado, individual, isto é, ao interesse pessoal de cada um. Acerta-se em dizer que se constitui no interesse do todo, ou seja, do próprio conjunto social, assim como acerta-se também em sublinhar que não se confunde com a somatória dos interesses individuais, peculiares de cada qual. [...] O interesse público deve ser conceituado como o interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem*¹⁵

Além disso, a Lei n. 9.784, que trata do Processo Administrativo, prevê expressamente no seu artigo 2º, caput, o princípio do interesse público: “*A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência*”.

O importante, entretanto, é entender que a concretização dos contornos e limites do que seja o interesse público em determinada situação concreta dependerá de um juízo ponderativo da Administração Pública, através da submissão à ordem normativa de regras e princípios constitucionais, complementada pelas ponderações do legislador ordinário, que fundamentam e legitimam o agir administrativo.¹⁶

¹⁴CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. *Administração Pública Democrática e Supremacia do Interesse Público*. Curitiba: Juruá, 2015, p. 78.

¹⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 19º ed. São Paulo: Malheiros, 2009, pag. 66.

¹⁶ CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. *Administração Pública Democrática e Supremacia do Interesse Público*. Curitiba: Juruá, 2015, p. 98.

A doutrina diferencia, ainda, a ideia de interesse público primário e interesse público secundário. Luís Roberto Barroso sustenta que:

O interesse público primário é a razão de ser do Estado e sintetiza-se nos fins que cabe a ele promover: justiça, segurança e bem-estar social. Estes são os interesses de toda a sociedade. O interesse público secundário é o da pessoa jurídica de direito público que seja parte em uma determinada relação jurídica – quer se trate da União, do Estado-membro, do Município ou das suas autarquias. Em ampla medida, pode ser identificado como o interesse do erário, que é o de maximizar a arrecadação e minimizar as despesas. Assinala o autor que decorre dessa distinção a conformação constitucional das esferas de atuação do Ministério Público e da Advocacia Pública. Ao primeiro cabe a defesa do interesse público primário; à segunda, a do interesse público secundário. Acrescenta ainda que, naturalmente, em nenhuma hipótese será legítimo sacrificar o interesse público primário com o objetivo de satisfazer o secundário.¹⁷

Assim, o interesse público primário é a soma do interesse do indivíduo dessa sociedade e o interesse público secundário são os anseios, necessidades do Estado como sujeito de direito. Havendo conflito entre os dois interesses, prevalecerá o interesse público primário, norteador do regime jurídico-administrativo.

1.2.2 Regime Jurídico-Administrativo

O regime jurídico administrativo é a lógica do Direito Administrativo e se baseia em um conjunto de princípios e normas, tendo como princípios basilares: princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado e princípio da indisponibilidade do interesse público.

Nesse sentido, Matheus Carvalho conceitua o regime jurídico-administrativo como “o conjunto harmônico de princípios que definem a lógica da atuação estatal do ente público, a qual se baseia na existência de limitações e prerrogativas em face do interesse público”.¹⁸

Di Pietro ensina que:

A expressão regime jurídico administrativo é reservada tão-somente para abranger o conjunto de traços, de conotações que tipificam o Direito Administrativo, colocando a Administração

¹⁷BARROSO, Luís Roberto. Prefácio à obra *Interesses Públicos versus Interesses Privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007. p. XIII-XIV.

¹⁸ CARVALHO, Matheus. *Manual de Direito Administrativo*. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 55.

*Pública numa posição privilegiada, vertical, na relação jurídico-administrativa.*¹⁹

Marçal Justen Filho define o regime jurídico-administrativo como “conjunto de normas jurídicas que disciplinam o desempenho de atividades e de organizações de interesse coletivo, caracterizado pela ausência de disponibilidade e pela vinculação à satisfação de determinados fins”²⁰.

Desta forma, ao mesmo tempo em que as prerrogativas colocam a Administração em posição de supremacia perante o particular, sempre com o objetivo de atingir o benefício da coletividade, o interesse público, as restrições a que está sujeita limitam a sua atividade a determinados fins e princípios que, se não observados, implicam desvio de poder e consequente nulidade dos atos da Administração²¹.

1.2.3 Supremacia do interesse público sobre o privado

Segundo Maria Tereza Fonseca Dias, ao analisar a mudança da função do Estado desde a modernidade até a contemporaneidade:

*[...] o Estado perde seu privilégio de transcendência quando passa a necessitar do auxílio da sociedade na realização de suas funções, e a norma jurídica, dependendo do crivo da legitimidade, não pode mais ser definida como expressão da vontade geral, visto que a lei é formulada segundo um conjunto de relações políticas e sociais contingentes.*²²

Assim, o Estado Democrático de Direito possui atuações legítimas quando ligadas diretamente aos interesses da sociedade. Em caso de conflito, entre interesse privado e interesse público, este último deve ser implementado pelo ente estatal. A mudança de paradigma de uma atuação apoiada na proteção dos interesses individuais para outra dedicada à satisfação dos interesses da coletividade, influenciou no desenvolvimento dos pressupostos jurídicos que integram o regime jurídico-administrativo, que é pautado pelas prerrogativas e sujeições.

Di Pietro ensina que as prerrogativas e as sujeições existentes no regime jurídico administrativo ocorrem por conta de um antagonismo típico dessa disciplina jurídica: a

¹⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2011, pag. 61.

²⁰ FILHO, Marçal Justen Filho. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 48.

²¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2011, pag. 63.

²² DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Direito administrativo pós-moderno: novos paradigmas do direito administrativo a partir do estudo da relação entre o Estado e a sociedade*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. p. 34.

tutela da liberdade dos indivíduos e o exercício da autoridade pela Administração, sendo necessário um trato diferenciado para cada um, pois:

*Para assegurar-se a liberdade, sujeita-se a Administração Pública à observância da lei; é a aplicação ao direito público, do princípio da legalidade. Para assegurar-se a autoridade da Administração Pública, necessária à consecução de seus fins, são-lhe outorgados prerrogativas e privilégio que lhe permitem assegurar a supremacia do interesse público sobre o particular. [...] Ao mesmo tempo que as prerrogativas colocam a Administração Pública em posição de supremacia perante o particular, sempre com o objetivo de atingir o benefício da coletividade, as restrições a que está sujeita limitam a sua atividade a determinados fins e princípios que, se não observados, implicam desvio de poder e consequente nulidade dos atos da Administração.*²³

A Administração Pública possui, dentre os seus poderes, o poder de polícia, cuja execução limita o exercício de direitos individuais, bem como o uso, gozo e disposição da propriedade, na busca do interesse da coletividade, e que põe em prática o Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Privado.

A supremacia jurídica da Administração Pública sobre o particular decorre de o Estado ser o agente responsável pela satisfação das necessidades, dos interesses, da coletividade.

Nesse viés, o interesse público legitima a atuação estatal, uma vez que as atividades administrativas devem ocorrer em prol da satisfação dos interesses da coletividade, por isso, o sistema jurídico administrativo assegura essa diferenciação de poder do ente público em relação ao particular como forma de garantir a implementação das medidas administrativas necessárias para a efetivação dos interesses da coletividade. Segundo Alexandre Santos de Aragão:

*De uma disciplina de autoridade, que pressupunha uma relação vertical entre Estado e cidadão (“administrado”), orientada à persecução de objetivos macroeconômicos, se passa a um Direito Administrativo voltado a garantir em prol dos cidadãos a melhor satisfação possível dos seus direitos fundamentais.*²⁴

Nesse sentido, é que o princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Privado “[...] proclama a superioridade do interesse da coletividade, firmando a

²³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 62-63.

²⁴ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p.4.

prevalência dele sobre o do particular, como condição, até mesmo, da sobrevivência e asseguramento deste último”²⁵.

Não há como justificar conflitos entre a atuação estatal e a supremacia do interesse público, pois, em tese, as duas situações possuem o mesmo significado.

A posição de autoridade da Administração Pública decorre do Princípio da Supremacia do Interesse Público uma vez que a lei a torna responsável pela efetivação de diversos interesses públicos.

Conforme entendimento de Celso Antônio Bandeira de Mello:

*[...] significa que o Poder Público se encontra em situação de autoridade, de comando, relativamente, aos particulares, como indispensável condição para gerir os interesses públicos postos em confronto.*²⁶

Assim, a verticalidade das relações existentes entre o público e o privado, importando no desequilíbrio natural a favor do ente estatal decorre dessa supremacia estatal.

1.3 FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DA INTERVENÇÃO DO ESTADO NA PROPRIEDADE

É preciso que o exercício dos direitos constitucionais estejam em harmonia com o bem-estar social, que a utilização da liberdade e da propriedade esteja ligada com a utilidade coletiva, a fim de que não se torne uma barreira aos objetivos públicos.²⁷

Nesse sentido, dispõe o art. 78 do Código Tributário Nacional que:

Art. 78. Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.

²⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 69.

²⁶ *Ibidem*, p. 70.

²⁷ *Ibidem*.

Este poder estatal manifesta-se por atos individuais e concretos ou gerais e abstratos, definindo restrições, de forma genérica, a todos que se encontrem em situação similar descrita no ato. Sendo, outrossim, entendimento pacificado pelo Supremo Tribunal Federal que esse poder configura atividade típica de estado, o que impede sua delegação a entidades de direito privado, ressalvada a possibilidade de se transferirem os atos de execução necessários ao regular exercício da atividade.²⁸

O que nos remete à noção de polícia administrativa, conjunto de intervenções da Administração que tende a impor à livre ação dos particulares a disciplina exigida pela vida em sociedade. Entendendo, o poder de polícia como a prerrogativa estatal de condicionar o uso da propriedade privada, é possível vislumbrar que as intervenções, desde que somente restritivas, decorrem deste poder estatal, excetuando-se, apenas, a desapropriação como forma de intervenção que não decorre de tal poder.²⁹

Em algumas situações, ainda, as intervenções na propriedade podem decorrer da prática de ilegalidade no exercício do domínio, como no caso de não garantir a função social da propriedade; ou no cultivo de plantas psicotrópicas ilícitas.

Qualquer das hipóteses de intervenção do Estado na Propriedade, entretanto, decorre de um dos princípios basilares do direito administrativo, o Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Interesse Privado. Em virtude da possibilidade de limitar direitos individuais, na busca da satisfação de necessidades coletivas, o ente estatal poderá restringir o uso da propriedade ou, até mesmo, retirá-lo do particular, desde que a conduta seja devidamente justificada.³⁰

A intervenção do Estado na propriedade é justificada pela Constituição Federal em alguns dispositivos, como o art. 5º, inciso XXIV, que diz que *“a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro[...]”*; e o art. 5º, inciso XXV, o qual estabelece que *“no caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano”*. Existindo, ainda, situações de desapropriações especiais previstas na Magna Carta nos artigos 182 e seguintes.

²⁸ CARVALHO, Matheus. *Manual de Direito Administrativo*. 2. ed. Bahia: JusPodivm, 2015, p. 991.

²⁹ Ibidem.

³⁰ Ibidem.

1.4 MODALIDADES DE INTERVENÇÃO

Existem diversos meios de intervenção do Estado na propriedade. Seguindo a lição de Carvalho Filho³¹, é possível dividi-los em duas formas básicas de intervenção: intervenção restritiva e intervenção supressiva.

1.4.1 Intervenção restritiva

A intervenção restritiva é aquela em que o Estado impõe limites e condições ao uso da propriedade, mas não a subtrai do seu titular. A doutrina tradicionalmente se refere aos seguintes meios de intervenção restritiva: servidão administrativa; requisição; ocupação temporária; limitação administrativa; e tombamento.

A servidão administrativa é o meio de intervenção estatal na propriedade mediante o qual é estabelecido um direito real de uso sobre a propriedade alheia, em favor do Poder Público ou de seus delegatários, de modo a garantir a execução de um serviço público ou de obras e serviços de interesse coletivo.

A requisição é a modalidade de intervenção estatal através da qual o Estado utiliza bens móveis, imóveis e serviços particulares em situação de perigo público iminente.

A ocupação temporária ou provisória é a utilização transitória remunerada ou gratuita de bens particulares pelo Poder Público, para a execução de obras, serviços ou atividades públicas ou de interesse público.

Limitações administrativas são determinações de caráter geral, por meio das quais o Poder Público impõe a proprietários indeterminados obrigações de fazer, ou obrigações de deixar de fazer alguma coisa, ou de não fazer ou de permitir, com a finalidade de assegurar que a propriedade atenda sua função social.

Tombamento é a modalidade de intervenção na propriedade por meio da qual o Poder Público procura proteger o patrimônio cultural brasileiro. O Estado intervém na propriedade privada para proteger a memória nacional, protegendo bens de ordem histórica, artística, arqueológica, cultural, científica, turísticas e paisagística.

³¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 28ª ed. São Paulo: editora Atlas. 2015, p. 818.

1.4.2 Intervenção Supressiva

A intervenção supressiva é aquela em que o Estado utiliza da sua supremacia para, coercitivamente, obter para si a propriedade de algum bem de terceiro. É o que ocorre na desapropriação.

1.5 DESAPROPRIAÇÃO

O instituto da desapropriação está presente há muito tempo no ordenamento brasileiro. A Constituição de 1824, sob clara influência da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, já previa tal figura jurídica ao lado do direito de propriedade, nos seguintes termos:

Art. 179, § 22º: Se o bem público, legalmente verificado, exigir o uso e emprego da propriedade do cidadão, será ele previamente indenizado do valor dela. A lei marcará os casos em que terá lugar esta única exceção e dará as regras para se determinar a indenização.

A garantia à propriedade só cede, no contexto do Estado Democrático de Direito, diante das exigências do interesse público, sendo regra o pleno respeito à propriedade privada. Por isso, a Constituição de 1824 traz, ainda, a exigência da anterioridade da indenização e da especificação legal dos casos que possibilitariam a retirada do bem do domínio particular.

A Constituição de 1891 previu a desapropriação no art. 72, §17º: “O direito de propriedade mantém-se em toda a sua plenitude, salvo a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia”, e com essa redação consagrou-se a bipartição do fundamento do instituto expropriatório, expresso na utilidade ou necessidade pública, mantendo-se a exigência de prévia indenização.

Posteriormente, o Decreto nº 4.956 de 1903 aprovou o regulamento, efetuando a consolidação de textos anteriores e a modificação do processo expropriatório para todas as obras da União e do Distrito Federal. Esta consolidação separou os casos de necessidade dos de utilidade pública, disciplinando-os em diferentes artigos.

A Constituição de 1934 estabeleceu que a desapropriação por necessidade ou utilidade pública ocorreria nos termos da lei, mediante prévia e justa indenização, mantendo a bipartição do fundamento legitimador do instituto.

Ao assegurar o direito de propriedade, a Constituição de 1937, ressaltou a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia,

mantendo desse modo, o duplo pressuposto, mas omitindo o requisito de “justa” para a indenização.

Sob a vigência da Constituição de 1937, foi editado o Decreto-Lei nº 3.365 de 1941, denominado Lei Geral da Desapropriação, atualmente em vigor, embora tendo sofrido diversas alterações. Esse decreto-lei suprimiu a necessidade pública como justificativa de perda da propriedade, muito embora a Constituição então vigente fizesse tal distinção. Outro importante ponto a ser salientado em relação a este diploma legal, é a ampliação que deu ao número de hipóteses capazes de ensejar a desapropriação.

A Constituição de 1946 inovou na matéria expropriatória ao estabelecer como justificativa para a desapropriação o interesse social, regulamentado pela lei nº 4.132, de 1962, além da necessidade pública e da utilidade pública, hipóteses tratadas por constituições anteriores.

A Constituição Federal de 1967, junto à Emenda Constitucional nº 1, de 1969, disciplinam a desapropriação fundamentada na necessidade ou utilidade pública, ou interesse social, exigindo indenização prévia, justa e em dinheiro, salvo o caso de propriedade rural em que a título de indenização eram previstos títulos especiais da dívida pública.

No ordenamento brasileiro atual, a desapropriação encontra fundamento na Constituição da República, em seu artigo 5º, inc. XXIV:

A lei estabelecerá o procedimento para a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição.

Nesse viés, pode ser conceituada como:

O procedimento administrativo pelo qual o Estado, compulsoriamente, retira de alguém certo bem, por necessidade ou utilidade pública ou por interesse social e o adquirente, originalmente, para si ou para outrem, mediante prévia e justa indenização, paga em dinheiro, salvo os casos que a própria Constituição enumera, em que o pagamento é feito com títulos da dívida pública (art. 182, §4º, III) ou da dívida agrária (art. 184).³²

Dentre as modalidades de intervenção do Estado na propriedade privada, observa-se que a desapropriação é a mais drástica de todas, sendo através dela que o Estado utilizará todo o seu poder de império sobre o particular, será a “soberania interna do

³² GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 816.

Estado no exercício de seu domínio eminente sobre todos os bens existentes no território nacional”.³³

A desapropriação pode ser entendida como a retirada compulsória da propriedade do particular para o Poder Público ou seus delegados, mediante prévia declaração de necessidade pública, utilidade pública ou interesse social e prévia e justa indenização em dinheiro, ressalvadas algumas hipóteses presentes no próprio texto constitucional, já que a desapropriação é situação excepcional, devendo ter como regra o respeito pelo direito de propriedade do particular, conforme as dizes do art. 5º. XXIV, da CF/88.

Hely Lopes Meirelles conceitua a desapropriação como:

*O moderno e eficaz instrumento de que se vale o Estado para remover obstáculos à execução de obras e serviços públicos; para propiciar a implementação de planos de urbanização; para preservar o meio ambiente contra devastações e poluições; e para realizar a justiça social, com a distribuição de bens inadequadamente utilizados pela iniciativa privada. A desapropriação é, assim, a forma conciliadora entre a garantia da propriedade individual e a função social dessa mesma propriedade, que exige usos compatíveis com o bem estar da coletividade.*³⁴

Nesse sentido, Pontes de Miranda entende que “desapropriação é o ato de direito público mediante o qual o Estado subtrai direito, ou subtrai o direito de outrem, a favor de si mesmo ou de outrem, por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, ou simplesmente o extingue.”³⁵

Ainda, Roberto Barcellos de Magalhães considera a desapropriação, como sendo:

*Um ato administrativo de desapossamento da propriedade privada, de caráter unilateral. É um ato sui generis e complexo. Por lhe faltar o elemento volitivo básico, a consensualidade, ou acordo bilateral de vontades, não pode ser considerado um venda, tampouco se equiparado a outro contrato típico de direito privado ou público. A desapropriação tem como elemento essencial a coação e, como consequência, a translação do domínio. Ela legitima-se pelo poder de império que compõe o próprio poder estatal.*³⁶

Por fim, Bandeira de Mello, define, teoricamente, a desapropriação como:

Procedimento através do qual o Poder Público compulsoriamente despoja alguém de uma propriedade e a

³³ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. ed. 37. São Paulo: Malheiros, 2010, 650.

³⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. ed. 37. São Paulo: Malheiros, 2010, 650.

³⁵ PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, v. 14, p. 144.

³⁶ MAGALHÃES, Roberto Barcellos de. *Teoria e prática da desapropriação*. Rio de Janeiro: Jose Konfino, 1968, p.13.

*adquire, mediante indenização, fundado em um interesse público. Trata-se, portanto, de um sacrifício de direito imposto ao desapropriado.*³⁷

Além disso, conceitua a forma originária de aquisição:

*Diz-se originária a forma de aquisição de propriedade quando a causa que atribuiu a propriedade a alguém não se vincula a qualquer título anterior, isto é, não procede, não deriva, de título precedente, portanto, não é dependente de outro. É causa autônoma, bastante, por si mesma, para gerar, por força própria, o título constitutivo da propriedade.*³⁸

No âmbito do direito privado, a desapropriação acarretará de forma expressa a perda da propriedade. Já na vertente do direito público, a desapropriação é forma de aquisição originária da propriedade e, por esta razão, o bem chega ao acervo do Estado livre de quaisquer ônus de natureza real, haja vista o fato de que o ingresso do bem no patrimônio público não decorre de negócio jurídico anterior. Não há efetiva transição ou entrega do bem, mas sim retirada da propriedade original e o surgimento de um novo direito de propriedade. Por isso, a expressão “transferência” de propriedade não é correta para conceituar a desapropriação, como faz Carvalho Filho:

*Desapropriação é o procedimento de direito público pelo qual o Poder Público transfere para si a propriedade de terceiro, por razões de utilidade pública ou de interesse social, normalmente mediante o pagamento de indenização.*³⁹

O procedimento desapropriatório terá início através de uma fase administrativa, em que Poder Público irá declarar o seu interesse na desapropriação e iniciará as medidas cabíveis para que ocorra a retirada do bem. Existindo acordo entre o Poder Público e o ainda proprietário do bem o procedimento será finalizado nesta fase. Não havendo possibilidade de um acordo, o procedimento adentrará na fase judicial. Caberá ao Poder Público ajuizar a Ação de Desapropriação tendo direito de solicitar a imissão provisória do bem desde que ocorra a declaração de urgência e o depósito do valor incontroverso em juízo.

³⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 858.

³⁸ Ibidem, p. 864.

³⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 852.

1.5.1 Fundamentos

Segundo Bandeira de Mello⁴⁰, a desapropriação tem fundamento político, jurídico, normativo e infraconstitucional.

O fundamento político da desapropriação deve-se ao princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, quando diante de interesses incompatíveis.

Já o fundamento jurídico teórico é constituído dentro do ordenamento normativo dos princípios políticos admitidos no sistema, como a função social da propriedade, art. 5º, inciso XXIV, o art. 182, §4º, inciso III, e o art. 184 e parágrafos, da Constituição Federal.

Por fim, tem-se o fundamento infraconstitucional nas leis e decretos-leis que disciplinam a matéria, em especial o Decreto-lei n. 3.365/41 e o Decreto-Lei n. 1.075/70.

1.5.2 Objeto

A desapropriação poderá recair sobre todos os bens de valor econômico sejam eles móveis ou imóveis, corpóreos ou incorpóreos, públicos ou privados, até mesmo sobre direitos reais, como no caso da enfiteuse, em que se admite a desapropriação do domínio útil, ou seja, da qualidade de enfiteuta de um determinado bem.⁴¹

Entretanto, a doutrina aponta algumas vedações ao poder de desapropriar, definindo alguns limites à possibilidade de aquisição de propriedade coercitivamente pelo poder público. Não é possível a desapropriação de direitos personalíssimos tais como honra, intimidade e liberdade, que, conforme entendimento de Bandeira de Mello, “*não se definem por um conteúdo patrimonial, antes se apresentam como verdadeiras projeções da personalidade do indivíduo ou consistem em expressões de um seu status jurídico, como o pátrio poder e a cidadania, por exemplo*”.⁴²

Outrossim, não é suscetível de desapropriação a moeda corrente no país, podendo, contudo, desapropriar dinheiro estrangeiro; assim como as pessoas, sejam elas físicas ou jurídicas, uma vez que se tratam de sujeitos de direito e não de objetos, não configurando, portanto, a desapropriação como forma de extinção de uma pessoa jurídica.

⁴⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 863.

⁴¹ CARVALHO, Matheus. *Manual de Direito Administrativo*. 2. ed. Bahia: JusPodivm, 2015, p. 993.

⁴² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 26. ed. . São Paulo: Malheiros, 2009, p. 868.

Em relação aos bens públicos, o Decreto-Lei n. 3.365/41 admite a desapropriação desde que respeitada a hierarquia federativa, ou seja, desde que a desapropriação ocorra do ente federativo mais abrangente para o ente federativo menos abrangente. Admitindo-se, assim, a desapropriação de bens públicos dos Estados e Municípios pela União e a desapropriação de bens públicos municipais pelo Estado, dependendo nos dois casos de previsão em lei expedida pela entidade expropriante.

Por fim, existem os terrenos reservados, bens imóveis que não podem ser objeto de desapropriação, conforme preceitua a Súmula n. 479 do Supremo Tribunal Federal: *“as margens dos rios navegáveis são domínio público, insuscetíveis de expropriação e, por isso mesmo, excluídas de indenização”*.

1.5.3 Pressupostos

A execução da desapropriação ocorre com a presença de dois requisitos ou pressupostos cumulativos e necessários: o interesse público e o pagamento de indenização, pelo ente estatal, conforme o art. 5º, inciso XXIV da CF/88. Configurando nulidade do ato a ausência de qualquer um deles.

Considera-se utilidade pública a situação em que o ente público terá necessidade de utilizar o bem diretamente, seja para uma obra pública ou para a prestação de um determinado serviço, sendo a situação regulamentada por lei, como, por exemplo, no art. 5º do Decreto-Lei n. 3.365/41, e nos demais casos previstos por leis especiais. Já necessidade pública, por sua vez, se verifica nas mesmas hipóteses em que se poderia imaginar uma situação de utilidade, acrescida da urgência na solução do problema.⁴³

Ademais, as hipóteses de interesse social são justificadas pela necessidade de se garantir a função social da propriedade. Os casos, em regra, são previstos pela Lei n. 4.132/62. Nesse sentido, segundo Hely Lopes Meirelles:

O interesse social ocorre quando as circunstâncias impõem a distribuição ou o condicionamento da propriedade para seu melhor aproveitamento, utilização ou produtividade em benefício da coletividade ou de categorias sociais merecedoras de amparo específico do Poder Público. Esse interesse social justificativo de desapropriação está indicado na norma própria (Lei 4.132 /62) e em dispositivos esparsos de outros diplomas legais. O que convém assinalar, desde logo, é que os bens desapropriados por interesse social não se destinam à Administração ou a seus delegados, mas sim

⁴³ CARVALHO, Matheus. *Manual de Direito Administrativo*. 2. ed. Bahia: JusPodivm, 2015, p. 994.

*à coletividade ou, mesmo, a certos beneficiários que a lei credencia para recebe-los e utiliza-los convenientemente.*⁴⁴

Ressalta-se que essas disposições legais referentes aos pressupostos da desapropriação não são exaustivas, uma vez que se tratarem de conceitos jurídicos indeterminados, nos quais impera uma margem de discricionariedade ao administrador público.⁴⁵

A desapropriação concretiza-se através do decreto expropriatório, que por ser ato administrativo deve ser composto pelos elementos: sujeito competente; forma previamente estipulada em lei; motivo; objeto lícito, possível e determinado ou determinável; e finalidade definida na legislação que prevê a prática do ato.

O sujeito competente ou a competência se traduz na exigência de que o agente público⁴⁶ que edita determinado ato deve ter força legal para tanto. O decreto expropriatório é ato discricionário por abranger conceitos indeterminados, como o de necessidade, utilidade pública e interesse social, cabendo ao administrador a análise do caso concreto a fim de verificar a presença de um dos pressupostos autorizadores da desapropriação.

A forma é o modo pelo qual o ato se exterioriza, podendo, eventualmente, não ser obrigatória. No caso da desapropriação, o Poder Público manifesta sua intenção de desapropriar através de decreto.

O motivo é a situação fática que autoriza o ato, podendo estar explícito na lei, como ato vinculado, ou não, como ato discricionário. No âmbito da desapropriação tal elemento assume grande importância diante dos pressupostos constitucionais que guardam conceitos indeterminados deixando margem à análise do agente. O administrador deverá, em nome dos Princípios Gerais de Direito, restringir-se à zona de certeza que guarda cada um dos conceitos. Cabe ressaltar, ainda, a Teoria dos Motivos Determinantes, segundo a qual os motivos que determinaram a vontade do agente, ou seja:

Os fatos que serviram de suporte à sua decisão, integram a validade do ato. Sendo assim, a invocação de motivos de fato falsos, inexistentes ou

⁴⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p.650.

⁴⁵ CARVALHO, Matheus. *Manual de Direito Administrativo*. 2. ed. Bahia: JusPodivm, 2015, 1023.

⁴⁶ Agente público competente é o que recebe da lei o devido poder para o desempenho de suas funções. Nesse sentido: GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 57.

*incorretamente qualificados vicia o ato mesmo quando, a lei não haja estabelecido, antecipadamente, os motivos que ensejariam a prática do ato.*⁴⁷

Já o objeto, que deve ser lícito, possível e determinado ou determinável, pode ser conceituado como a coisa sobre a qual recai o conteúdo do ato administrativo.

Por fim, o elemento finalidade pode ser dividido em dois: finalidade genérica e finalidade específica. A finalidade genérica decorre do regime jurídico-administrativo, que tem base no Princípio da Indisponibilidade do Interesse Público, e significa que todo ato visa ao interesse público. Já a finalidade específica é o fim para o qual houve o ato, nesse caso, configurado na destinação que o Poder Público pretende conferir ao objeto da desapropriação.⁴⁸

1.6 SITUAÇÕES ESPECÍFICAS NA DESAPROPRIAÇÃO

O direito de propriedade é a regra constitucional, existindo situações excepcionais de intervenção do Estado na propriedade, podendo ocorrer a desapropriação. Ocorre que em algumas situações há peculiaridades no procedimento expropriatório, seja no bojo da desapropriação, seja na má utilização do bem expropriado, surgindo ao particular o direito de extensão e de retrocessão.

1.6.1 Direito de extensão

O interesse público pode ser restrito a uma área de terra, não englobando a totalidade da propriedade, e, nesses casos, ocorrerá a desapropriação parcial do terreno. Quando isso ocorrer a área remanescente não desapropriada pode ser, isoladamente, aproveitável pelo proprietário ou inaproveitável. Nesse último caso, surge ao proprietário o direito de extensão.

Segundo Hely Lopes Meirelles, “o direito de extensão é o que assiste ao proprietário de exigir que na desapropriação se inclua a parte restante do bem expropriado, que se tornou inútil ou de difícil utilização”⁴⁹. Tal direito está regulado pelo Decreto n. 4.956/03 e pela Lei Complementar n. 76/93.

⁴⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 361.

⁴⁸ CARVALHO, Matheus. *Manual de Direito Administrativo*. 2. ed. Bahia: JusPodivm, 2015, p. 1024.

⁴⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p.651.

1.6.2 Tredestinação

A desapropriação é um procedimento administrativo pelo qual o poder público ou seus delegados, mediante prévia declaração de necessidade pública, utilidade pública ou interesse social, impõe ao proprietário a perda de um bem, substituindo por justa indenização.

Outrossim, não há que se falar em poder discricionário quando o fim do ato é desviado ou não se baseia em lei. Se assim fosse, estaria legitimada a arbitrariedade. A partir do momento em que são apontados pelo administrador público, o motivo e o objeto do ato, finda estará a discricionariedade, e o Judiciário encontrar-se-á legitimado a operar a fiscalização.

O instituto da tredestinação ocorre quando o bem é desapropriado para cumprir certa finalidade constante no próprio decreto expropriatório e, após a realização do procedimento, o Poder Público decide conferir outra finalidade ao bem. Definido por Carvalho Filho como “*destinação desconforme com o plano inicialmente previsto*”⁵⁰. Desta forma, haverá tredestinação quando houver desvio de finalidade do ato.

A tredestinação pode ser lícita ou ilícita. Nas hipóteses em que há desvio da finalidade específica sem alterar a finalidade genérica do ato, ou seja, a busca pelo interesse público se mantém, tem-se a tredestinação lícita, conceituada por Carvalho Filho como situação em que, “*persistindo o interesse público, o expropriante dispensa ao bem desapropriado destino diverso do que planejara no início*”.⁵¹

Por seu turno, em outras situações, além de não dar ao bem a destinação prevista no decreto expropriatório, o ente estatal também deixa de utilizar o bem no interesse público, ocorrendo desvio não só da finalidade específica como também da finalidade genérica do ato de desapropriação. Nesses casos fica configurada a tredestinação ilícita, também chamada de adestinação.

Conceituada por Carvalho Filho como:

*[...] aquela pela qual o Estado, desistindo dos fins da desapropriação, transfere a terceiro o bem desapropriado ou pratica desvio de finalidade, permitindo que alguém se beneficie de sua utilização. Esses aspectos denotam realmente a desistência da desapropriação.*⁵²

⁵⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 923.

⁵¹ *Ibidem*, p. 924.

⁵² *Ibidem*.

Nesse sentido, segundo Bandeira de Mello:

*Se o expropriante deixa de lhe atribuir uma finalidade pública, evidentemente a desapropriação terá se revelado sem razão de existir. Daí reconhecer-se ao expropriado o direito a uma satisfação jurídica pelo fato, o que dá origem ao instituto da retrocessão.*⁵³

Desta forma, nos casos em que o ente público desapropria o bem sem, contudo, garantir a sua utilização na busca do interesse público, deixando-o inaproveitado ou subaproveitado, ocorre o desvio de finalidade ilícito, ensejando o surgimento do direito do proprietário à retrocessão, direito, este, de natureza muito discutível no direito brasileiro.

⁵³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 878.

2. CAPÍTULO – NATUREZA JURÍDICA DO DIREITO DE RETROCESSÃO

A natureza jurídica do direito de retrocessão é bastante controversa. Não há consenso entre a classificação trazida pelo Código Civil; a jurisprudência brasileira; e os estudiosos do tema.

2.1. DO DIREITO DE RETROCESSÃO

O instituto da retrocessão foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro pela Constituição de 1824, e em 1836, através da Lei Provincial n. 57, foi dado ao expropriado o direito de recorrer à Assembleia Legislativa Provincial para garantir a restituição da propriedade.

A Nova Consolidação das Leis Civas, vigente em 11 de agosto de 1899, em seu artigo 855, dispunha:

Se verificada a desapropriação, cessar a causa que a determinou ou a propriedade não for aplicada ao fim para o qual foi desapropriada, considera-se resolvida a desapropriação, e o proprietário desapropriado poderá reivindicá-la.

A Lei nº 1.021, de 26 de agosto de 1903, determinava:

Art. 2º, § 4º: Se por qualquer motivo não forem levadas a efeito as obras para as quais foi decretada a desapropriação, é permitido ao proprietário reaver o seu imóvel, restituindo a importância recebida, indenizando as benfeitorias que porventura tenham sido feitas e aumentando o valor do prédio.

A Consolidação das Leis Civas e a Lei nº 1.021, deixam clara a natureza real da retrocessão, como será explicado nos próximos tópicos, prevendo expressamente a possibilidade do retorno do bem indevidamente expropriado.

Com o advento do Código Civil de 1916, a retrocessão encontrou disciplina no art. 1.150: “A União, o Estado, ou o Município oferecerá ao ex-proprietário o imóvel desapropriado, pelo preço por que o foi, caso não tenha o destino, para que se desapropriou”, dispositivo, este, que gera dúvida sobre o que antes se mostrava inquestionável, fazendo com que parte da doutrina passe a encarar a retrocessão como direito de natureza pessoal.

O Decreto-Lei nº 3.365/41, não fazia menção expressa à retrocessão. Na “Exposição de Motivos”, o Professor Francisco Campos, então Ministro da Justiça, afirmava que “deixaram de ser regulados os institutos da requisição e da retrocessão, hoje erradamente assimilados ao de desapropriação, os quais continuarão a reger-se

pelo Código Civil". Tal redação, remetendo ao Código Civil a disciplina de instituto tipicamente de Direito Público, alimentou as inúmeras discussões doutrinárias acerca da natureza jurídica da retrocessão.

A Lei nº 9.785, de 29 de fevereiro de 1999, acrescentou o § 3º ao artigo 5º do Decreto-Lei nº 3.365/41, *in verbis*: “*Ao imóvel desapropriado para a implantação de parcelamento popular, destinado às classes de menor renda, não se dará outra destinação nem haverá retrocessão*”, enfraquecendo a argumentação dos que defendem a inexistência do instituto no ordenamento jurídico brasileiro.

Segundo Carvalho Filho, a estrutura da retrocessão se dá quando o Poder Público procede à desapropriação e termina o respectivo processo, pagando a devida indenização e introduzido o bem ao patrimônio público, mas sem concretizar a destinação do bem na forma como se havia manifestado expressamente no decreto expropriatório. Demonstra, portanto, desinteresse superveniente do Poder Público pelo bem que desapropriou, ou, se se preferir, pela finalidade a que se destinava a desapropriação.⁵⁴

É nesse contexto supracitado que surge o direito de retrocessão, pois o expropriante passa a ter a obrigação de oferecer ao ex-proprietário o bem desapropriado, reembolsando-se do valor que pagou a este a título de indenização, ou seja, o expropriante devolve o bem, e o expropriado devolve o valor indenizatório devidamente atualizado. Essa é a fisionomia do instituto da retrocessão.⁵⁵

Sobre o tema, Hely Lopes Meirelles ensina que:

*A retrocessão é a obrigação que se impõe ao expropriante de oferecer o bem ao expropriado, mediante a devolução do valor da indenização, quando não lhe der o destino declarado no ato expropriatório.*⁵⁶

A natureza do direito à retrocessão é bastante controversa, não havendo consenso entre os doutrinadores sobre o tema. Parte da doutrina classifica o direito de retrocessão como de natureza real, oponível *erga omnes*, e, assim, entende que o ex-proprietário tem direito de reaver o bem, mesmo que alienado a terceiros, e é nesse sentido que a jurisprudência dos tribunais superiores vem-se posicionando. Outra parte, entretanto, classifica esse direito como de natureza pessoal, disciplinando que a situação se resolveria

⁵⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 921.

⁵⁵ *Ibidem*.

⁵⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p.508.

em perdas e danos, exigidos pelo particular expropriado ao ente público expropriante, não sendo possível opor a garantia a terceiros adquirentes do bem, concordando com a classificação dada pelo Código Civil de 2002.

Existe, ainda, o posicionamento doutrinário minoritário defendido por Roberto Barcelos de Magalhães e por Di Pietro, que entende a retrocessão como direito de natureza real ou pessoal, de natureza mista, dependendo, nesses casos, da preferência do particular expropriado que poderia optar por reaver o bem ou por requerer a conversão do seu direito em perdas e danos, determinando o pagamento de indenização pelo poder público.

2.2 NATUREZA PESSOAL

Defender a natureza pessoal do direito de retrocessão é, na verdade, defender a não existência do instituto da retrocessão no ordenamento jurídico. O que existe é o direito pessoal do expropriado de postular indenização, assim, mesmo havendo desistência da desapropriação e até mesmo alienado o bem a terceiro, o ex-proprietário só teria a opção de resolver a situação em perdas e danos, só caberia o direito indenizatório, o que equivale a não existência do direito à retrocessão.⁵⁷

Mauro Sérgio dos Santos entende que a retrocessão tem natureza pessoal, devendo ser resolvida em perdas e danos caso não seja dado ao ex-proprietário o direito de preferência, em decorrência do desvio de finalidade exercido pelo Poder Público. *In verbis*:

Como efeito, a retrocessão não materializa um direito real, mas pessoal, pois, no caso de desvio de finalidade, não poderá o expropriado reivindicar a coisa, mais apenas pleitear perdas e danos, caso o Poder Público não respeite seu direito de preferência. Em resumo, o dispositivo legal que trata da retrocessão (art. 519 do CC) confere ao expropriado o direito de preferência ou preempção, significando com isso dizer que o Poder Público, caso não utilize o bem para a finalidade prevista no decreto expropriatório, deverá oferecê-lo ao expropriado, pelo preço atual da coisa; se o Poder Público se furtar ao direito de preferência do proprietário, deixando de comunicá-lo, este fará jus à indenização por perdas e danos⁵⁸.

O Código Civil de 1916 introduziu a noção jurídica do direito de retrocessão no art. 1.150. Segundo o qual, “a União, o Estado, ou o Município, oferecerá ao ex-

⁵⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 924-925.

⁵⁸ SANTOS, Mauro Sérgio dos. *Curso de Direito Administrativo*. Bahia: JusPodivm, 2012, p. 802.

proprietário o imóvel desapropriado, pelo preço que o foi, caso não tenha o destino, para que se desapropriou”.

O Código vigente seguiu a mesma estrutura básica do de 1916, introduzindo, entretanto, alterações que o tornaram mais claro e atual, inserindo o instituto da retrocessão no artigo 519:

Art. 519. Se a coisa expropriada para fins de necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, não tiver o destino para que se desapropriou, ou não for utilizada em obras ou serviços públicos, caberá ao expropriado direito de preferência, pelo preço atual da coisa.

A inserção do direito de retrocessão no Capítulo I - Da Compra e Venda, subseção III - Da Preempção ou Preferência, matéria típica do direito obrigacional, que se resolve em perdas e danos, demonstra claramente a intenção do legislador em classificar esse instituto como direito pessoal.

Além disso, da mesma forma que o Código Civil de 1916 foi claro ao se referir a “oferecimento”, também foi o Diploma Civil de 2002, uma vez que ao tratar da matéria, em seu artigo 519, se refere a “direito de preferência”, o que reforça os argumentos dos que entendem assistir ao ex-proprietário simples direito de natureza pessoal, a traduzir-se em perdas e danos.

Carvalho Filho explica que o art. 519 do Código Civil de 2002 aplica-se a todas as modalidades de desapropriação, seja por necessidade ou utilidade pública, ou interesse social. Sendo, ainda, de relevante importância:

Que o bem desapropriado não tenha o destino anteriormente projetado; nem tampouco, tenha utilização para obras ou serviços públicos. Significa dizer que, ainda que a finalidade não seja rigorosamente a que fora planejada antes, poderá o bem expropriado ser utilizado para fins públicos – obras e serviços –, sucedendo, então, o que a doutrina convencionou denominar de treditinação lícita, vale dizer, alteração da finalidade inicial para outra finalidade pública – entendimento, diga-se de passagem, já há muito adotado por jurista e tribunais.⁵⁹

Embora não apoiasse a tese da retrocessão com natureza de direito pessoal, Di Pietro acreditava que essa seria a tese que prevaleceria em detrimento das demais ao longo dos anos, uma vez que o conteúdo do artigo 519 do Código Civil, o qual não estabelece

⁵⁹CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 796.

mais que o poder expropriante ofereça o imóvel ao ex-proprietário, apenas assegura ao expropriado o direito de preferência, pelo preço atual do imóvel.⁶⁰

O outro argumento provém do art. 35 do Decreto-lei nº 3.365/1941, ao estatuir que “*os bens expropriados, uma vez incorporados à Fazenda Pública, não podem ser objeto de reivindicação, ainda que fundada em nulidade do processo de desapropriação. Qualquer ação, julgada procedente, resolver-se-á em perdas e danos*”. Assim, o ex-proprietário perde seu direito de reivindicar o bem, ainda que nulo seja o processo de desapropriação, o que demonstra que a lei considera definitivamente incorporado o bem ao patrimônio público e, conseqüentemente, o Estado pode usar e dispor da coisa livremente, sem qualquer embaraço, não bastando desvio de finalidade ou a ausência dos motivos fundamentadores da desapropriação para reversão da coisa expropriada.

A desapropriação corresponde, de um lado, à perda de propriedade, e, de outro, ao modo de aquisição de propriedade pelo Poder expropriante, o que dá ensejo à transferência da titularidade da propriedade, que passa a compor definitivamente, o patrimônio da Administração que expropriou. Nesse sentido, Régis Fernandes de Oliveira⁶¹ defende que o Estado, ao exercer seu Poder Expropriatório, estaria efetivando o domínio eminente que detém sobre todos os bens. Pensamento este, que corrobora com o entendimento de Ebert Chamoun, ao afirmar que se:

*[...] a propriedade se transmuda do expropriado para o poder expropriante, é lícito concluir que a utilidade pública não é causa nem condição da desapropriação, no sentido de resolver a propriedade na hipótese de não se destinar a coisa desapropriada ao fim de utilidade pública.*⁶²

Assim, a não destinação do bem à finalidade que motivou o decreto expropriatório não resolveria desapropriação e o expropriante, em tal circunstância, não perderia a propriedade tampouco o expropriado a teria de volta. Como a reivindicação é restrita ao detentor do domínio, não haveria no caso, possibilidade para tal ação.

Outrossim, por operam *erga omnes*, os direitos reais são descritos taxativamente, ou seja, apenas o legislador pode conceder natureza real aos direitos. Nesse sentido, em defesa à corrente doutrinária para a qual a retrocessão se traduz em direito pessoal, ensina Ebert Chamoun:

⁶⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 193.

⁶¹ OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Retrocessão no Direito Brasileiro*, 1986, p. 19. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45316/43803>>. Acesso em: 13/10/2016.

⁶² CHAMOUN, Ebert. *Da retrocessão nas desapropriações*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p.35.

*O direito do ex-proprietário perante o poder desapropriante que não deu à coisa desapropriada o destino de utilidade pública, permanece, portanto, no direito positivo brasileiro, como direito nítido e irretorquivelmente pessoal, direito que não se manifesta em face de terceiros, eventuais adquirentes da coisa, nem a ela adere, senão exclusivamente à pessoa do expropriante. Destarte, o poder desapropriante, apesar de desrespeitar as finalidades da desapropriação, desprezando os motivos constantes do decreto desapropriatório, não perde a propriedade da coisa expropriada, que ele conserva em sua Fazenda com as mesmas características que possuía quando da sua aquisição.*⁶³

Aos defensores dessa linha classificatória ao direito de retrocessão, cabe ao expropriado, diante do não oferecimento oportuno do imóvel pelo expropriante que não destinou o bem conforme previsão estampada no decreto expropriatório, satisfação sob forma de indenização, visto restar lesado.

Carvalho Filho é um dos defensores dessa corrente e entende que:

*O direito é pessoal, conclusão a que temos que curvar-nos em virtude da legislação atualmente vigorante. Entretanto, conviria que, de lege ferenda, viesse a se caracterizar como real. De fato, se o próprio Estado desiste do que pretendia, deve restituir as coisas ao estado anterior, obrigando-se a devolver o bem a seu antigo proprietário. Este, constatada a desistência, teria direito real contra o Estado, sendo-lhe viável reaver a coisa do poder de quem indevidamente a detivesse. A vigente legislação, contudo, não permite extrair essa conclusão, com a devida vênia daqueles que pensam em contrário. Aliás, já há atualmente posições respeitáveis que entendem deva ser atenuada a fórmula do direito pessoal, estabelecendo algumas limitações para que o Estado oponha essa caracterização do direito. Indiscutível, porém, é que ambas as posições básicas são suscetíveis a críticas.*⁶⁴

No mesmo sentido, Hely Lopes Meirelles conceitua:

*A retrocessão é, pois, uma obrigação pessoal de devolver o bem ao expropriado, e não um instituto invalidatório da desapropriação, nem um direito real inerente ao bem. Daí o consequente entendimento de que a retrocessão só é devida ao antigo proprietário, mas não a seus herdeiros, sucessores e cessionários*⁶⁵.

Discute-se ainda qual seria o marco temporal do nascimento do direito de indenização ou retrocessão. Quando a não utilização do bem expropriado se tornaria uma obrigação do Poder Público em oferecer o objeto da expropriação ao ex-proprietário?

⁶³ Ibidem, p.45.

⁶⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p.923.

⁶⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 37. ed. São Paulo: Malheiros. 2010, p. 672.

Quando o não oferecimento se torna prazo para o direito indenizatório? Em teoria seria quando o expropriante decidisse não dar finalidade pública ao bem expropriado.

Em relação a obrigação do Poder Público, o marco inicial será quando a Administração Pública demonstrar, por atos inequívocos, a sua intenção de não dar finalidade pública ao bem expropriado. Entretanto, nem sempre isso ocorre. Em algumas situações o Poder Público apenas se omite, não deixando clara a intenção na destinação do bem. Nesse contexto é que um prazo para a destinação do bem expropriado seria importante, para que não fosse conferido ao Poder Público o direito de não implicar em desistência da utilização do bem expropriado por demora, configurando abuso de poder e desviando a intenção da exceção constitucionalmente garantida à regra do direito de propriedade.

A Lei Geral de Desapropriação, Decreto-Lei n. 3.365/41, e o Código Civil de 2002, foram omissos ao tratar da matéria, existindo na legislação pátria determinados casos em que o Poder Público deve fazer uso do bem expropriado em um período específico, como, por exemplo, o art. 3º, da Lei. 4.132/62, mas sem haver um prazo para as situações gerais de desapropriação.

Há discussão doutrinária acerca da possibilidade de utilização do prazo de caducidade por analogia para os casos gerais de desapropriação:

Art. 10 do Decreto-Lei nº 3.365/41: A desapropriação deverá efetivar-se, mediante acordo ou intentar-se judicialmente, dentro de cinco anos, contados da data da expedição do respectivo decreto e findos os quais este caducará.

Entretanto, contrário ao entendimento supracitado, Elbert Chamoun argumenta que:

[...] se trata de uma analogia injustificável. Afiguram-se-nos diferentes objetivos e os efeitos do prazo de caducidade do decreto desapropriatório e do eventual prazo para efetivação do destino de utilidade pública. [...] A norma que estabelece o prazo de caducidade do decreto de desapropriação e a que implicitamente ordena a aplicação adequada do bem desapropriado salvaguardam direitos profundamente diferentes, respectivamente, o direito de propriedade, cuja segurança e estabilidade ficariam comprometidas ante propósitos não efetivados do poder público, e um direito pessoal, de preferência, desarmado do poder de recuperação da coisa.⁶⁶

Entendimento este que vem prevalecendo. Sendo, o direito expropriatório do Poder Público, independente de prazo, deixando para o caso concreto a análise, à luz dos

⁶⁶ CHAMOUN, Elbert. Da retrocessão nas desapropriações. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p.81.

Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade, da configuração ou não do início do direito indenizatório do ex-proprietário, ou seja, o início da obrigação do Poder Público em oferecer o bem.

Já em relação ao prazo do ex-proprietário para exercer o seu direito de preferência com relação ao bem expropriado, o art. 513 do Código Civil dispõe:

Art. 513. A preempção, ou preferência, impõe ao comprador a obrigação de oferecer ao vendedor a coisa que aquele vai vender, ou dar em pagamento, para que este use de seu direito de prelação na compra, tanto por tanto.

Parágrafo único. O prazo para exercer o direito de preferência não poderá exceder a cento e oitenta dias, se a coisa for móvel, ou a dois anos, se imóvel.

Portanto, para os defensores dessa linha classificatória ao direito de retrocessão, cabe ao expropriado a satisfação sob forma de indenização, visto restar lesado, não havendo marco temporal do nascimento desse direito, devendo, apenas, ser observado quando a Administração Pública demonstra, por atos inequívocos, a sua intenção de não dar finalidade pública ao bem expropriado, cabendo ao ex-proprietário exercer o direito de retrocessão nos moldes do art. 513, § único do CC/2002.

2.3 NATUREZA MISTA

Alguns doutrinadores defendem que a retrocessão teria natureza real ou pessoal, definindo a natureza mista desse instituto ao entender que dependeria da preferência do particular expropriado em cada caso concreto, que poderia optar por reaver o bem ou por requerer a conversão do seu direito em perdas e danos, determinando o pagamento de indenização pelo Poder Público.

Favorável a este entendimento, Di Pietro afirma que:

[...]em princípio, a retrocessão era tratada como um direito real, já que o artigo 1.150 do anterior Código Civil mandava que o expropriante oferecesse de volta o imóvel; podia ocorrer, no entanto, que a devolução do imóvel tivesse se tornado problemática, em decorrência de sua transferência a terceiros, de alterações nele introduzidas, de sua deterioração ou perda, da realização de benfeitorias; nesse caso, podia o ex-proprietário pleitear indenização, que corresponderia ao mesmo preço da desapropriação, devidamente corrigido, com alterações para mais ou para menos, conforme as melhorias ou deteriorações in-cidentes sobre o imóvel. Com as palavras de Manuel de Oliveira Franco Sobrinho (1973:146), "pela retrocessão, firmada no direito à coisa, o expropriado readquire a propriedade de igual modo, pagando um justo preço. E este justo preço deve ser calculado, para o equilíbrio

*dos direitos, na base em que se calcula o justo preço nas desapropriações.*⁶⁷

A possibilidade de mudança na situação fática do bem, que pode tornar problemático o retorno do bem ao expropriado, é o principal argumento para os defensores dessa corrente, que possui como um dos defensores o publicista Carlos Alberto Dabus Maluf⁶⁸.

Bandeira de Mello critica este entendimento afirmando que apesar de tal corrente doutrinária ter acertadamente reconhecido a presença de um direito real, equivocadamente imaginaram haver direito de natureza mista, existindo “*dois direitos perfeitamente distintos e que podem ser alternativamente (e excludentemente) utilizados.*”⁶⁹

2.4 NATUREZA REAL

A terceira corrente é a que considera que o direito de retrocessão tem natureza real, permitindo acontecer a reivindicação do imóvel expropriado, que é a garantia de ter para si o seu antigo imóvel que foi objeto do processo de desapropriação.

Os doutrinadores adeptos a esta corrente afirmam que o ex-proprietário, que perdeu o domínio do bem, tem direito a recuperar sua propriedade diante da não destinação pública, do desvio de finalidade geral e específica. Isto porque, a regra do direito brasileiro é o respeito à propriedade privada, ressalvadas as hipóteses expressamente previstas em lei. Conforme Hélio Moraes de Siqueira:

*O direito de retrocessão seria corolário do preceito constitucional garantidor da propriedade, reconhecendo-se ao antigo dono o direito de reaver a coisa expropriada, quando tivesse ocorrido desvirtuamento finalístico no procedimento expropriatório.*⁷⁰

Nesse sentido, a vedação do Decreto-Lei nº 3.365/41 deve ser interpretada de acordo com o anseio do legislador quando da sua elaboração. No caso da retrocessão, o legislador quis proteger a finalidade geral do ato, o interesse público, a propriedade empregada em obra ou serviço de utilidade pública, ainda que não aquele disposto no decreto expropriatório, de modo que, desde que efetuada a desapropriação e que o bem

⁶⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 195.

⁶⁸ MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Teoria e Prática da Desapropriação*. 3. ed. Saraiva, 2015, p.272.

⁶⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 26. ed. . São Paulo: Malheiros, 2009, p.765.

⁷⁰ SIQUEIRA, Hélio Moraes de. *A Retrocessão nas Desapropriações*. São Paulo, 1964, p.53.

esteja sendo utilizado legalmente, estaria de modo definitivo, incorporado à Fazenda Pública, insuscetível de reivindicação.

Enquanto a preempção é instituto típico de direito civil decorrente de contrato de compra e venda, a retrocessão é matéria de direito público, resultado da garantia constitucional do direito de propriedade. O respeito à propriedade constitui um dos corolários do Estado Democrático de Direito. Mas tal garantia não vem revestida de caráter absoluto, cedendo diante da supremacia do interesse público sobre o particular. Assim, admitir que a retrocessão receba o delineamento dado à preempção convencional é restringir-lhe o alcance, desconfigurando o instituto:

O direito de propriedade não se extingue com a desapropriação, permanecendo latente, pronto para ser exercido no momento em que o poder expropriante deixar de dar à coisa o emprego que justificou o ato. Ausente a utilidade pública do ato expropriatório, passa ele a carecer do seu fundamento constitucional, o que possibilita a sua anulação.⁷¹

O fundamento do instituto da retrocessão está na Constituição Federal, que garante o direito de propriedade como regra, só autorizando a desapropriação em caso de necessidade ou utilidade públicas, bem como o interesse social. Sem respeitar esses limites constitucionais, a faculdade de expropriar estará contaminada pela inconstitucionalidade.

Há autores que salientando o caráter excepcional da desapropriação, entendem o domínio do Estado como resolúvel, sujeito à condição que se traduziria no emprego da coisa na finalidade pela qual foi desapropriada.⁷² Entretanto há os que entendem que não se afigura no caso presença de condição resolutiva, pois:

Condição é cláusula que resulta da vontade das partes e subordina o efeito do ato jurídico a evento futuro e incerto (CC, artigos 114-117). Entendemos, entretanto, que não será preciso recorrer a esse artifício para justificar a retrocessão. Esta decorre do próprio descumprimento das finalidades da desapropriação e está implícita na Carta Magna do País.⁷³

No momento em que o ente expropriante deixa de dar ao bem a finalidade que justificou a desapropriação, está subtraindo ao ato declaratório de utilidade pública o seu fundamento constitucional e possibilitando sua anulação.

⁷¹ GIGANTE, Márcia Guasti Almeida. *Revista de Direito Público*. São Paulo: RT, n° 91, p.124.

⁷² MUNHOZ, Manoel Eugênio Marques. *Revista de Direito Público*. São Paulo: RT, vol. 11, p.69.

⁷³ MENDES, Gilmar Ferreira. *Revista de Direito Público*. São Paulo: RT, n° 86, p.97.

O fundamento da retrocessão não será encontrada no campo do Direito Civil, mas sim do Direito Administrativo, especialmente quando se parte do raciocínio de que a desapropriação está longe de configurar venda forçada, mas sim ato de soberania do Estado, pois a venda pressupõe autonomia da vontade, que simplesmente inexiste no Direito Público, uma vez que mesmo nas situações em que o particular consente com a expropriação, inexistindo necessidade de ação judicial, não estaremos diante de situação em que tenha imperado a vontade livre do particular, já que o único ponto de discussão é quanto ao valor da indenização, prevalecendo a soberania do interesse público.

Em entendimento contrário a corrente que acredita que o ex-proprietário estaria impedido de intentar a reivindicatória por não mais ser detentor do domínio, os defensores da natureza real da retrocessão afirmam que quando o expropriado postula a retrocessão do bem não está reivindicando-o, mas pleiteando o reconhecimento da invalidade da desapropriação e a retomada do bem seria apenas consequência da ineficácia do ato declaratório, por inexistirem os motivos que lhe deram causa.

O direito de retrocessão tem fundamento na Constituição Federal, em seu artigo 5º, inc. XXII, que garante o direito à propriedade. Assim, ainda que a legislação infraconstitucional não trate especificamente do tema, a Carta Magna não permite dúvidas quanto à sua existência e força.

A desobediência da finalidade do ato declaratório de utilidade pública ou interesse social, põe fim a razão para o bem permanecer em poder e sob domínio do expropriante. Diante da não destinação adequada do bem, surge para o expropriante o dever de oferecê-lo ao expropriado pelo preço que traduzir o valor atual da coisa, caso este oferecimento não seja realizado, terá o ex-proprietário o direito de fazer uso da ação de retrocessão. Segundo José Carlos de Moraes Salles:

*Ação reivindicatória ele não teria, realmente, porque, com a desapropriação, perdeu o domínio. Todavia, tem ação de retrocessão para pleitear a reincorporação do bem ao seu patrimônio.*⁷⁴

A corrente contrária a natureza real do direito de retrocessão se apegua à análise literal do artigo 35 do Decreto-Lei nº 3.365/41, que afirma estarem definitivamente incorporados à Fazenda Pública, os bens expropriados e que qualquer demanda encontrará solução no pagamento de perdas e danos. Entretanto, tal dispositivo só tem

⁷⁴ SALLES, José Carlos de Moraes. *A Desapropriação à Luz da Doutrina e da Jurisprudência*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p.836.

legitimidade se entendido como cabível apenas nas hipóteses em que apesar de haver irregularidade na desapropriação, os fins maiores pretendidos pela lei, o atendimento do interesse público, estivesse presente, ou seja, quando ocorresse apenas o desvio da finalidade específica do ato, sendo conservada a finalidade genérica.

A intenção do legislador do decreto-lei supracitado não foi conferir arbitrariedade ao Poder Público, legitimando a desapropriação contaminada de inconstitucionalidade por não atender aos pressupostos exigidos pela Constituição Federal, mas sim impedir a devolução de coisas já empregadas em obra ou serviço de utilidade pública. Diante da impossibilidade da devolução do bem, justificada estaria a indenização.

*A nulidade do processo, de seu lado, não pode impedir a devolução em espécie, pois um processo nulo não produz o efeito de transferir validamente a propriedade. E se não há transferência válida, é claro que a coisa não se incorpora à Fazenda Pública.*⁷⁵

Ademais, a supremacia da Constituição Federal enfraquece quaisquer dispositivos contrários, tanto do Código Civil, como do Decreto-Lei nº 3.365/41.

*Parece-nos, em sintonia com tais inobjetáveis argumentos, que não se pode negar ao ex-proprietário o direito de reaver o bem [...], e é isto que se constitui na retrocessão propriamente dita, direito de natureza real. De resto, é a orientação jurisprudencial dominante na atualidade.*⁷⁶

Segundo Bandeira de Mello, a retrocessão possui natureza de direito real, face ao princípio da supremacia da Constituição, ou seja, nenhuma lei “*poderia dar à matéria tratamento que contraditasse o que é simples resultado da proteção que a Lei Magna outorga à propriedade*”.⁷⁷

Importante ressaltar que o fato de se encarar a retrocessão como direito real, não afasta o dever do expropriante de oferecer o bem expropriado quando de sua desistência em fazer uso visando à finalidade pública. Assim, caso essa obrigação seja violada, o poder expropriante pode ser compelido ao pagamento de perdas e danos. Não há nisso qualquer vício ou sinal de inconstitucionalidade, como nos ensina Bandeira de Mello:

*Inconstitucional, isto, sim – o que já é outra coisa –, seria negar ao ex-proprietário o direito de retrocessão, isto é, o de reaver o bem, sub color de que, violada tal prelação, caber-lhe-ia unicamente direito a perdas e danos.*⁷⁸

⁷⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. *Revista de Direito Público*. São Paulo: RT nº 86, p.96.

⁷⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 884

⁷⁷ Ibidem.

⁷⁸ Ibidem.

Após a violação do direito de preferência, assistirá ao expropriado o direito de optar livremente, entre a ação de retrocessão, a fim de reaver o bem, ou pleitear perdas e danos. O que não significa que o instituto da retrocessão tem natureza mista.

O artigo 5º, § 3º do Decreto-Lei nº 3.365/41 dispõe que: “*Consideram-se casos de utilidade pública: § 3º. Ao imóvel desapropriado para implantação de parcelamento popular, destinado às classes de menor renda, não se dará outra utilização nem haverá retrocessão*”. Isto pode ter duas explicações possíveis: ou o legislador se referiu à retrocessão restritivamente, ou seja, unicamente como direito real, restando portanto, ao expropriado o direito a perdas e danos, ou, como defende Bandeira de Mello:

Melhor exegese seria a de entender-se que quaisquer das violações supostas (emprego do bem a destino outro que não o parcelamento popular), ensejarão que o ex-proprietário e o Ministério Público, mediante ação civil pública, ou qualquer cidadão, por via de ação popular (por ofensa à moralidade administrativa), poderão acionar o expropriante para anular eventual venda ou mudança de destinação, exigindo judicialmente que se cumpra o destino para o qual se desapropriou o bem.⁷⁹

Em relação ao nascimento da obrigação do expropriante de oferecer o bem ao desapropriado ao ex-proprietário, há os que defendem a adoção, por analogia, do prazo de 5 anos, previsto para caducidade da declaração de utilidade pública, em contraponto da posição majoritária que entende atender melhor à finalidade da lei, a análise do caso concreto, que possibilitaria determinar o momento exato em que o Poder Público realmente desistiu de destinar o bem ao interesse público, tal podendo ocorrer antes ou depois de cinco anos.

Em relação a prescrição que deveria ser observada quanto ao direito do expropriado, Bandeira de Mello⁸⁰, percebe a existência de dois direitos distintos e excludentes que assistem ao desapropriado – perdas e danos e retrocessão – entendendo que há dois prazos prescricionais, cada um relacionado a um dos direitos mencionados. Quanto às perdas e danos, a prescrição seria de cinco anos em obediência ao disposto pelo artigo 1º do Decreto nº 20.910, de 6 de janeiro de 1932:

As dívidas da União, Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, seja qual for sua natureza, prescrevem em cinco anos, contados da data do ato ou fato do qual se originaram.

⁷⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 26. ed. . São Paulo: Malheiros, 2009, p. 894.

⁸⁰ Ibidem.

Em relação à retrocessão, o prazo prescricional será de dez anos, consoante o estatuído pelo artigo 205⁸¹ do Código Civil de 2002, que não mais diferencia entre presentes e ausentes para a delimitação deste prazo. Entretanto, caso fosse entendido como direito pessoal, o prazo prescricional seria o de cinco anos, previsto pelo Decreto-Lei 20.910, para as ações contra a Fazenda Pública.

Outrossim, o cálculo das perdas e danos deveriam refletir a diferença entre o valor pago quando da desapropriação a título de indenização e o valor atual do bem, que corresponderia à valorização sofrida pelo bem durante o tempo em que esteve fora do domínio do particular.

Entretanto, existe posicionamento doutrinário diverso ao entendimento supracitado, que se posiciona no sentido da inclusão dos lucros cessantes no cálculo das perdas e danos. Tem-se como defensor desse entendimento Bandeira de Mello⁸² e em sentido contrário José Carlos de Moraes Salles que dispõe que:

Se o expropriado recebeu, no momento em que se concretizou a desapropriação, a justa indenização em dinheiro, não tem sentido falar-se em ressarcimento de perdas e danos decorrentes do descumprimento do dever de oferecimento a que alude o artigo 1.150 do CC. Com a indenização recebida quando da desapropriação, o expropriado recompôs o desfalque sofrido em seu patrimônio e pôde dispor da quantia correspondente ao valor do bem expropriado, do modo que melhor lhe aprouvesse. Falar-se, pois, em perdas e danos advindos da desobediência ao disposto no artigo 1.150 do CC, parece-nos mero expediente a justificar a injustificável não devolução do bem expropriado ao ex-proprietário.⁸³

Dentre os defensores da natureza real do direito de retrocessão é pacífico o entendimento de que não existe na lei civil ou na Constituição Federal dispositivo que obrigue a vinculação eterna do bem expropriado ao interesse público, de modo que, tendo cumprido sua função, pode ser posteriormente desvinculado desse caráter, sem gerar irregularidade. Não havendo o que se falar em retrocessão, nessa hipótese, já que a utilidade pública foi cumprida.

Importante ressaltar, ainda, que nem toda revenda de bem expropriado ensejará a retrocessão. Em alguns casos a revenda figura como consequência natural, como a

⁸¹ Art. 205 do Código Civil de 2002 - A prescrição ocorre em dez anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor.

⁸² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 26. ed. . São Paulo: Malheiros, 2009, p. 896.

⁸³ SALLES, José Carlos de Moraes. *A desapropriação à luz da doutrina e da jurisprudência*. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 848.

desapropriação para fins urbanísticos, prevista no artigo 5º, “i”, do Decreto-Lei nº 3.365/41, e a desapropriação por zona efetuada para que o Estado absorva a valorização resultante de obra pública.

Inclusive, alguns doutrinadores consideram inconstitucional a desapropriação por zona, uma vez que para tal finalidade a Constituição já haveria previsto a contribuição de melhoria, não sendo necessária a adoção de medida mais gravosa.⁸⁴

Portanto, os adeptos a esta corrente entendem que o ex-proprietário, que perdeu o domínio do bem, tem direito a recuperar sua propriedade diante da não destinação pública, do desvio de finalidade geral e específica, sendo de 10 anos o prazo prescricional para o exercício desse direito, e não o configurando quando houver, mesmo que transitoriamente, destinação pública.

Por fim, proceder-se-á a verificação das possíveis consequências jurídicas da classificação da natureza do direito de retrocessão, mediante a observância da jurisprudência pátria.

⁸⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 26. ed. . São Paulo: Malheiros, 2009, p. 896.

3. CAPÍTULO – O INSTITUTO DA RETROCESSÃO NA VISÃO DOS TRIBUNAIS

É de suma importância analisar a visão dos tribunais em relação a natureza do direito de retrocessão, uma vez que é como o instituto se materializa na prática aos particulares.

Para a análise amostral, efetuou-se pesquisa nos sítios eletrônicos do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Nesta pesquisa, para a escolha dos casos abordados, optou-se por aqueles que demonstram com maior clareza o entendimento majoritário das cortes, tendo alguns deles, inclusive, servido de parâmetro e razão de decidir de julgamentos posteriores.

Nos capítulos anteriores, esmiuçou-se a natureza do direito de retrocessão na tredestinação ilícita, resultado do desvio de finalidade na desapropriação, modalidade de intervenção do Estado na propriedade.

Ainda, mencionou-se que parte da doutrina e jurisprudência majoritária entendem e aplicam o direito de retrocessão como de natureza real.

Explicou-se que o elemento finalidade do ato de desapropriação pode sofrer dois desvios, o desvio específico e o desvio genérico. No desvio de finalidade específico o Poder Público não dá ao bem a destinação prevista no decreto expropriatório, mas mantém o interesse público, ocorrendo o instituto da tredestinação lícita.

Já no desvio de finalidade genérico, considerado desvio de finalidade propriamente dito, além de não se dar ao bem a destinação prevista no decreto expropriatório, o ente estatal também deixa de utilizá-lo no interesse público, configurando a tredestinação ilícita, também chamada de adestinação.

Já houve discussão doutrinária e jurisprudencial acerca da incidência do instituto da retrocessão quando ocorresse a tredestinação lícita, mas, atualmente, a matéria encontra-se consolidada no sentido de não caracterizar direito de retrocessão ao particular.

A discussão ainda vigora quanto à natureza do direito de retrocessão, tendo como posicionamento majoritário dos tribunais superiores a conferência da natureza real, já estando pacificado, entretanto, o entendimento de inexistência de prazo para o Poder Público dar a destinação constante no decreto expropriatório ou qualquer finalidade pública.

Ao utilizar a palavra “retrocessão” no campo de busca dos sites do Tribunal de Justiça de Santa Catarina; do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal; chega-se aos julgados que serão analisados neste capítulo.

3.1 TREDESTINAÇÃO LÍCITA X DIREITO DE RETROCESSÃO

A tredestinação é o desvio de finalidade na destinação do bem objeto da expropriação. O poder expropriante não confere ao objeto da desapropriação a destinação prevista no decreto expropriatório.

A tredestinação lícita ocorre quando há o desvio de finalidade específica, mantendo-se a finalidade genérica, ou seja, quando o Poder Público dispensa o destino que planejara no início, constante no decreto expropriatório, mas mantém o interesse público na nova destinação dada ao bem desapropriado.

Embora existam situações nas quais esse tipo de tredestinação tem vedação expressa, como o § 3º, do art. 5º, do Decreto-Lei n. 3.365/41, que diz que: “*Ao imóvel desapropriado para implantação de parcelamento popular, destinado às classes de menor renda, não se dará outra utilização nem haverá retrocessão*”, de forma geral, inexistente qualquer ilicitude nesse tipo de tredestinação.

O Código Civil de 2002 estipula, em seu art. 519, que:

Art. 519. Se a coisa expropriada para fins de necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, não tiver o destino para que se desapropriou, ou não for utilizada em obras ou serviços públicos, caberá ao expropriado direito de preferência, pelo preço atual da coisa.

Embora antigamente existisse discussão doutrinária quanto a incidência do direito de retrocessão no instituto da tredestinação lícita, há muito esse assunto encontra-se pacificado no sentido de que o fato de se atribuir ao bem desapropriado finalidade não prevista no momento da desapropriação não configura, necessariamente, direito de preferência do ex-proprietário. Caso o objeto da desapropriação seja destinado a outro fim que atenda ao interesse público não surge o direito à retrocessão.

Nesse sentido, entende do egrégio Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

Desapropriação. Retrocessão. Destinação do bem expropriado. Interesse público. **Resta descaracterizada a retrocessão se demonstrada indubitavelmente a intenção do Poder Público em utilizar o imóvel desapropriado a bem do interesse coletivo, mesmo que dispense a ele outra finalidade.**⁸⁵ (Grifou-se).

No julgado supracitado foi proposta uma Ação de Retrocessão em face do Estado de Santa Catarina objetivando a devolução do terreno desapropriado que não teve a destinação constante no decreto desapropriatório. O Estado alegou que não existe prazo para a Administração dar ao bem a destinação fixada no decreto de desapropriação e que subsiste o interesse público sobre o terreno, não ocorrendo desvio de finalidade, já que a área não foi utilizada para outro fim.

No voto, a relatora utilizou em sua argumentação o art. 519 do Código Civil e os conceitos de retrocessão de Hely Lopes Meireles, de José Carlos de Moraes, de Kiyoshy Harada e de Carlos Alberto Dabus, chegando a conclusão que o instituto da retrocessão é marcado pela despretenção *do Poder Público* de implementar atividade de proveito coletivo sob ou com o bem desapropriado, gerando direito ao ex-proprietário de reivindicar o patrimônio mediante devolução da justa e prévia indenização outrora recebida.

Entendendo ausente a perda do interesse público, e, consequente, insubsistente o direito de retrocessão, uma vez que, apesar de estar a propriedade inutilizada para a obra prevista, o ente público expropriante assevera a preservação do imóvel para construção e instalação de centros de interesse público, como o Centro de Motomecanização e Transporte (CMT).

Ainda: “*A tredestinação do bem, por conveniência da administração pública, resguardando, de modo integral, o interesse público, não caracteriza o direito de retrocessão*”.⁸⁶

⁸⁵ TJSC, Apelação Cível n. 2008.030810-6, da Capital, rel. Des. Sônia Maria Schmitz, j. 14-12-2010.

⁸⁶ Na petição n. 0130846-14.2013.8.24.0000, de Imbituba, rel. Des. Paulo Ricardo Bruschi, em 21-07-2016 decidiu: “APELAÇÃO CÍVEL E AGRAVO RETIDO. AÇÃO DE RETROCESSÃO C/C INDENIZAÇÃO POR PERDAS E DANOS. AGRAVO RETIDO. AUSÊNCIA DE PEDIDO DE APRECIACÃO COMO PRELIMINAR DO APELO. PRESSUPOSTO DO ART. 523, § 1º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973. NÃO CONHECIMENTO. EXTENSÃO DE TERRAS DESAPROPRIADAS POR UTILIDADE PÚBLICA E INTERESSE SOCIAL. DESAPROPRIAÇÃO PARA A CONSTRUÇÃO DE COMPLEXO INDUSTRIAL PELA EXTINTA

Seguindo o mesmo entendimento, dispõe o Superior Tribunal de Justiça que:

Não há falar em retrocessão se ao bem expropriado for dada destinação que atende ao interesse público, ainda que diversa da inicialmente prevista no decreto expropriatório. [...] A esse tipo de situação a doutrina vem dando o nome de "tredestinação lícita" - aquela que ocorre quando, persistindo o interesse público, o expropriante dispensa ao bem desapropriado destino diverso do que planejara no início.⁸⁷

No mesmo sentido, entendeu o STJ em outubro de 2005:

A finalidade pública, em tese, foi atendida, não está, assim, caracterizado o desvio de finalidade perpetrado pelo Poder expropriante, posto que o bem cumpriu a finalidade pública de sua destinação, embora com a instalação de outras atividades que não as pretendidas originariamente⁸⁸.

CODISC (DECRETO ESTADUAL N. 346/75). CERCEAMENTO DE DEFESA INEXISTENTE. DEMANDANTE QUE NÃO REALIZOU AS DILIGÊNCIAS QUE LHE COMPETIAM PARA A PRODUÇÃO DA PROVA PERICIAL. PRECLUSÃO CONFIGURADA. MÉRITO. PARTE DO IMÓVEL TRANSFERIDO A TERCEIROS PARA A CONSTRUÇÃO DE INDÚSTRIAS. INTERESSE PÚBLICO CONFIGURADO. MUDANÇA DE DESTINAÇÃO DO IMÓVEL E DEMORA NA UTILIZAÇÃO DE PARCELA DO BEM PELO PODER PÚBLICO. CIRCUNSTÂNCIAS QUE NÃO GERAM O DIREITO DE RETROCESSÃO. ENTENDIMENTO SEDIMENTADO NOS TRIBUNAIS SUPERIORES. TREDESTINAÇÃO ILÍCITA NÃO CONFIGURADA. REQUISITO DO ART. 1.150 DO CÓDIGO CIVIL DE 1916 NÃO PREENCHIDO. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA MANTIDA. RECURSO DE APELAÇÃO CONHECIDO E DESPROVIDO. "A demora na utilização do bem expropriado não gera, por si só, o controvertido direito do expropriado de reintegrar ao seu patrimônio o bem que lhe pertencia, mormente quando não se evidência, de pronto, a ausência do declarado interesse público na área expropriada. (TJMG - Apelação Cível n. 1.0024.05.775032-5/001(1), Relator Des. Armando Freire, Primeira Câmara Cível, julgada em 8.5.2007)" (Apelação Cível n. 2008.058816-8, da Capital, Relator: Des. Cláudio Barreto Dutra, 4ª Câ. Dir. Púb., j. 26/02/2009). "A tredestinação do bem, por conveniência da administração pública, resguardando, de modo integral, o interesse público, não caracteriza o direito de retrocessão" (STJ, REsp n. 995724/SP, Relator: Min. José Delgado, 1ª Turma, j. 27/05/2008). AÇÃO CAUTELAR INOMINADA. REVOGAÇÃO DA ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA EM RAZÃO DA IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO FORMULADO NOS AUTOS PRINCIPAIS. PERDA SUPERVENIENTE DO INTERESSE PROCESSUAL. EXTINÇÃO QUE SE IMPÕE.

⁸⁷ No informativo nº 0331, período de 10 a 14 de setembro de 2007, a primeira turma do Superior Tribunal de Justiça decidiu: DESAPROPRIAÇÃO. TREDESTINAÇÃO LÍCITA. Cuida-se de recurso interposto contra acórdão do TJ-SP que entendeu não haver desvio de finalidade se o órgão expropriante dá outra destinação de interesse público ao imóvel expropriado. Para a Min. Relatora não há falar em retrocessão se ao bem expropriado for dada destinação que atende ao interesse público, ainda que diversa da inicialmente prevista no decreto expropriatório.⁸⁷ A Min. Relatora aduziu que a esse tipo de situação a doutrina vem dando o nome de "tredestinação lícita" - aquela que ocorre quando, persistindo o interesse público, o expropriante dispensa ao bem desapropriado destino diverso do que planejara no início. Assim, tendo em vista a manutenção da finalidade pública peculiar às desapropriações, a Turma negou provimento ao recurso. Precedentes citados: REsp 710.065-SP, DJ 6/6/2005, e REsp 800.108-SP, DJ 20/3/2006. REsp 968.414-SP, Rel. Min. Denise Arruda, julgado em 11/9/2007.

⁸⁸ No informativo nº 0265, período de 17 a 21 de outubro de 2005, a primeira turma do Superior Tribunal de Justiça decidiu: DESAPROPRIAÇÃO. RETROCESSÃO. DESTINAÇÃO DIVERSA. Cuida-se de ação com pedido alternativo de condenação por perdas e danos em desfavor do Município de Cubatão-SP, objetivando a retrocessão de imóvel desapropriado para implantação de parque ecológico - o que traria diversos benefícios de natureza ambiental à região. Contudo o imóvel teve sua destinação alterada para a implantação de pólo industrial, terminal de cargas rodoviário, centro de pesquisas ambientais, posto de abastecimento de combustíveis, centro comercial, estacionamento, restaurante/lanchonete e

O STJ ainda dispôs que: *“muito embora não cumprida a destinação prevista no decreto expropriatório [...], não houve desvio de finalidade haja vista que o interesse público permaneceu resguardado [...] Assim, em não tendo havido o desvio de finalidade, [...] não há vício algum que enseje ao particular ação de retrocessão ou, sequer, o direito a perdas e danos.”*⁸⁹

Nestes termos entendeu que: *“O desvio de finalidade que leva à retrocessão não é o simples descumprimento dos objetivos que justificaram a desapropriação. Para que o expropriado tenha direito à devolução do imóvel, ou seja indenizado, é necessário que o Poder Público dê ao bem destinação que não atenda ao interesse público”*.⁹⁰

Ainda dispôs que:

*“Não tendo havido o desvio de finalidade, uma vez que [...] a área desapropriada foi utilizada para o atingimento de outra finalidade pública, não há vício algum que enseje ao particular ação de retrocessão ou, sequer, o direito a perdas e danos. 4. Inexistente o direito à retrocessão, uma vez que inocorreu desvio de finalidade do ato, os expropriados não fazem jus à percepção de indenização por perdas e danos.”*⁹¹

pousada/hospedagem. A Turma negou provimento ao recurso por entender que inexistia prova de que o desvio tenha beneficiado particular. A finalidade pública, em tese, foi atendida, não está, assim, caracterizado o desvio de finalidade perpetrado pelo Poder expropriante, posto que o bem cumpriu a finalidade pública de sua destinação, embora com a instalação de outras atividades que não as pretendidas originariamente⁸⁸. Precedentes citados: AgRg nos REsp 73.907-ES, DJ 7/6/2004; EDcl no REsp 412.634-RJ, DJ 9/6/2003, e REsp 43.651-SP, DJ 5/6/2000. REsp 772.676-SP, Rel. Min. José Delgado, julgado em 18/10/2005.

⁸⁹ O rel. Min. Mauro Campbell Marques, na EDcl nos EDcl no REsp 841399/SP, DJU 14.09.2010, já decidiu: In casu, o Tribunal a quo com ampla cognição de matéria fático-probatória, cujo reexame é vedado ao E. STJ, a teor do disposto na Súmula n.º 07/STJ, assentou que, muito embora não cumprida a destinação prevista no decreto expropriatório - criação de Parque Ecológico -, não houve desvio de finalidade haja vista que o interesse público permaneceu resguardado com cessão da área expropriada para fins de criação de um centro de pesquisas ambientais, um pólo industrial metal, mecânico e um terminal intermodal de cargas rodoviário. 3. Assim, em não tendo havido o desvio de finalidade, uma vez que, muito embora não efetivada a criação de Parque Ecológico, conforme constante do decreto expropriatório, a área desapropriada foi utilizada para o atingimento de outra finalidade pública, não há vício algum que enseje ao particular ação de retrocessão ou, sequer, o direito a perdas e danos.

⁹⁰ A Rel. Ministra ELIANA CALMON, no REsp 1025801/SP, SEGUNDA TURMA, julgado em: 20/08/2009, DJe 08/09/2009, já entendeu que: PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO – VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CARACTERIZADA – RETROCESSÃO – NÃO-CARACTERIZAÇÃO – TREDESTINAÇÃO LÍCITA. 1. Não ocorre ofensa ao art. 535, II, do CPC, se o Tribunal de origem decide, fundamentadamente, as questões essenciais ao julgamento da lide. 2. O desvio de finalidade que leva à retrocessão não é o simples descumprimento dos objetivos que justificaram a desapropriação. Para que o expropriado tenha direito à devolução do imóvel, ou seja indenizado, é necessário que o Poder Público dê ao bem destinação que não atenda ao interesse público (tredestinação ilícita). Precedentes do STJ. 3. Recurso especial não provido

⁹¹ O Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, no EDcl nos EDcl no REsp 841.399/SP, segunda turma, julgado em: 14/09/2010, DJe 06/10/2010, já decidiu: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE RECURSAL. DIREITO ADMINISTRATIVO. RETROCESSÃO. DESVIO DE FINALIDADE PÚBLICA DE BEM DESAPROPRIADO. DECRETO EXPROPRIATÓRIO. CRIAÇÃO DE PARQUE

Conceituou a retrocessão pretendida pelo recorrente como: “o direito de o particular exigir a devolução de seu imóvel expropriado. Essa pretensão somente é válida em caso de tredestinação ilícita, quando o expropriante deixa de dar ao bem destinação que atenda ao interesse público”.⁹² E entendeu que: “o simples fato de

ECOLÓGICO. NÃO EFETIVAÇÃO. BENS DESTINADOS AO ATENDIMENTO DE FINALIDADE PÚBLICA DIVERSA. TREDESTINAÇÃO LÍCITA. INEXISTÊNCIA DE DIREITO À RETROCESSÃO OU A PERDAS E DANOS. 1. A retrocessão é o instituto por meio do qual ao expropriado é lícito pleitear as consequências pelo fato de o imóvel não ter sido utilizado para os fins declarados no decreto expropriatório. Nessas hipóteses, a lei permite que a parte que foi despojada do seu direito de propriedade possa reivindicá-lo e, diante da impossibilidade de fazê-lo (ad impossibilia nemo tenetur), venha postular em juízo a reparação pelas perdas e danos sofridos. 2. In casu, o Tribunal a quo com ampla cognição de matéria fático-probatória, cujo reexame é vedado ao E. STJ, a teor do disposto na Súmula n.º 07/STJ, assentou que, muito embora não cumprida a destinação prevista no decreto expropriatório - criação de Parque Ecológico -, não houve desvio de finalidade haja vista que o interesse público permaneceu resguardado com cessão da área expropriada para fins de criação de um centro de pesquisas ambientais, um pólo industrial metal, mecânico e um terminal intermodal de cargas rodoviário. 3. Assim, em não tendo havido o desvio de finalidade, uma vez que, muito embora não efetivada a criação de Parque Ecológico, conforme constante do decreto expropriatório, a área desapropriada foi utilizada para o atingimento de outra finalidade pública, não há vício algum que enseje ao particular ação de retrocessão ou, sequer, o direito a perdas e danos. Precedentes. 4. Inexistente o direito à retrocessão, uma vez que incorreu desvio de finalidade do ato, os expropriados não fazem jus à percepção de indenização por perdas e danos. 5. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental para negar provimento ao agravo regimental

⁹² O STJ, no EREsp: 530403, Relator: Ministro Benedito Gonçalves, Data de Publicação: DJe 17/12/2009, já entendeu que: EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 530.403 - DF RELATOR : (2009/0191928-5) MINISTRO BENEDITO GONÇALVES EMBARGANTE : EDUARDO D'UTRA VAZ - ESPÓLIO ADVOGADO : JOSÉ EDUARDO RANGEL DE ALCKMIN EMBARGADO : COMPANHIA IMOBILIÁRIA DE BRASÍLIA TERRACAP ADVOGADA : THAIS DE ANDRADE MOREIRA E OUTRO (S) PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. DESAPROPRIAÇÃO. DESVIO DE FINALIDADE. RETROCESSÃO. ACÓRDÃO EMBARGADO QUE NÃO ANALISA O MÉRITO DA QUESTÃO EM QUE SE ALEGA DIVERGÊNCIA. RECURSO LIMINARMENTE INDEFERIDO. DECISÃO Trata-se de embargos de divergência interpostos pelo Espólio de Eduardo D'utra Vaz contra acórdão prolatado pela Segunda Turma, de relatoria do Ministro Herman Benjamin, assim ementado : PROCESSUAL CIVIL.(fl. 1.624) ADMINISTRATIVO. RETROCESSÃO. OMISSÃO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. NÃO-CONHECIMENTO. DESAPROPRIAÇÃO PARA IMPLANTAÇÃO DA NOVA CAPITAL FEDERAL .(BRASÍLIA) DECRETO EXPROPRIATÓRIO. CADUCIDADE DE 2 ANOS. ART. 3º DA LEI 4.132/1962. INEXISTÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. INAPLICABILIDADE AO CASO. TREDESTINAÇÃO. NÃO-OCORRÊNCIA. REEXAME. SÚMULA 7/STJ.[...]. 4. A retrocessão (pretendida pelo recorrente) é o direito de o particular exigir a devolução de seu imóvel expropriado. Essa pretensão somente é válida em caso de tredestinação ilícita, quando o expropriante deixa de dar ao bem destinação que atenda ao interesse público. 5. O simples fato de atribuir ao imóvel finalidade não prevista no momento da desapropriação não configura, necessariamente, tredestinação ilícita. 6. Caso a área seja destinada a outro fim que atenda ao interesse público, ocorre simples tredestinação lícita, não surgindo o direito à retrocessão. 7. [...] O Supremo Tribunal Federal concluiu que: "Desapropriação. Retrocessão. Alienação do imóvel. Responsabilidade solidária. Perdas e danos. Código Civil, art. 1150 - Transitado em julgado o reconhecimento da impossibilidade de retrocessão do imóvel por já incorporado ao patrimônio público e cedido a terceiros, razoável é o entendimento, em consonância com doutrina e jurisprudência, do cabimento de perdas e danos ao expropriados - Recursos extraordinários não conhecidos.". 8 - In casu, depreende-se dos (STF - RE nº 99.571/ES, Rel. Min. Rafael Mayer, DJU de 02/12/83) autos que não foi dada ao imóvel a finalidade prevista no decreto expropriatório, porquanto a propriedade fora cedida a terceiro para exploração de borracharia. 9 - Reconhecendo o v. acórdão recorrido que houve desvio de finalidade na desapropriação, porquanto não foi dada ao imóvel a destinação motivadora do decreto expropriatório, determinou que o imóvel retornasse ao domínio das apelantes, ora recorridas, que em contrapartida devem restituir o valor da indenização recebida, devidamente corrigido e com a incidência de juros moratórios, retroativos à data do seu recebimento. 10 [...] (EResp 503.357/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Primeira Seção, DJ 29/6/2007) ndefiro liminarmente o recurso . Publique-se. Intimem-

*atribuir ao imóvel finalidade não prevista no momento da desapropriação não configura, necessariamente, tredestinação ilícita. 6. Caso a área seja destinada a outro fim que atenda ao interesse público, ocorre simples tredestinação lícita, não surgindo o direito à retrocessão”.*⁹³

Nesse sentido, nos termos da jurisprudência do STJ, não se verifica ilegalidade do ato expropriatório perpetrado pela Administração, se o bem desapropriado cumpriu a finalidade pública a qual se destina, ainda que com outra destinação que não a originária. Outros precedentes: REsp nº 847.092/MG, Rel. Min. DENISE ARRUDA, DJ de 18/09/06, REsp nº 800.108/SP, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ de 20/03/06. EDcl nos EDcl no REsp 928227/SP, rel. Min. Francisco Falcão, DJU 08.10.07.

A jurisprudência do STJ pacificou-se, ainda, no sentido de que, independentemente de configuração de desvio de finalidade no uso do imóvel desapropriado, havendo sua afetação ao interesse público, não cabe pleitear a retrocessão, mas a indenização, se for o caso, por perdas e danos, se configurado o desvirtuamento do decreto expropriatório⁹⁴

Desta forma, o desvio de finalidade deve ser geral, não atendendo ao interesse público, configurando, assim, a tredestinação ilícita, para gerar o instituto da retrocessão. Entretanto, em caso de omissão do poder público, como demonstrado no primeiro julgado do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, qual seria o prazo para considerar a não utilização do bem desapropriado em não atendimento ao interesse público? Esse questionamento é o que nos leva ao próximo tópico.

3.2 PRAZO PARA DAR DESTINAÇÃO DE INTERESSE PÚBLICO AO BEM EXPROPRIADO

O Poder Público tem obrigação de oferecer em preferência o bem desapropriado ao ex-proprietário quando não mais existir o interesse público no bem, conforme estabelece o art. 519 do Código Civil de 2002.

A questão problemática do artigo supracitado gira em torno do prazo para ser considerado que não houve destinação de interesse público.

se (art. 266, § 3º, do RISTJ). Brasília, 12 de dezembro de 2009. MINISTRO BENEDITO GONÇALVES Relator.

⁹³ STJ - EREsp: 530403, Relator: Ministro Benedito Gonçalves, Data de Publicação: DJe 17/12/2009.

⁹⁴ EREsp 623511/RJ, rel. Min. Castro Meira, DJU 13.03.2006.

Em teoria, o marco inicial será quando a Administração Pública demonstrar, por atos inequívocos, a sua intenção de não dar finalidade pública ao bem expropriado. Entretanto, nem sempre isso ocorre facilmente.

Em algumas situações o Poder Público apenas se omite, não deixando clara a intenção na destinação do bem e, por não existir um prazo legal que obrigue a Administração Pública, o ex-proprietário e o judiciário nada podem fazer.

Nesse contexto, é que um prazo para a destinação do bem expropriado seria importante, pois o fato de a demora da Administração Pública em dar uma destinação de interesse público para o bem expropriado não configurar desistência da utilização desse bem, desvia a intenção da exceção constitucionalmente garantida à regra do direito de propriedade, conferindo abuso de poder ao ente público expropriante.

A Lei Geral de Desapropriação, Decreto-Lei n. 3.3365/41, e o Código Civil de 2002, foram omissos ao tratar da matéria, existindo na legislação pátria determinados casos em que o Poder Público deve fazer uso do bem expropriado em um período específico, como, por exemplo, o art. 3º, da Lei. 4.132/62, mas sem haver um prazo para as situações gerais de desapropriação.

Há discussão doutrinária acerca da possibilidade de utilização do prazo de caducidade por analogia para os casos gerais de desapropriação:

Art. 10 do Decreto-Lei nº 3.365/41: A desapropriação deverá efetivar-se, mediante acordo ou intentar-se judicialmente, dentro de cinco anos, contados da data da expedição do respectivo decreto e findos os quais este caducará.

Entretanto, contrário ao entendimento supracitado, Elbert Chamoun argumenta que:

[...] se trata de uma analogia injustificável. Afiguram-se-nos diferentes objetivos e os efeitos do prazo de caducidade do decreto desapropriatório e do eventual prazo para efetivação do destino de utilidade pública. [...] A norma que estabelece o prazo de caducidade do decreto de desapropriação e a que implicitamente ordena a aplicação adequada do bem desapropriado salvaguardam direitos profundamente diferentes, respectivamente, o direito de propriedade, cuja segurança e estabilidade ficariam comprometidas ante propósitos não efetivados do poder público, e um direito pessoal, de preferência, desarmado do poder de recuperação da coisa.⁹⁵

⁹⁵ CHAMOUN, Ebert. Da retrocessão nas desapropriações. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p.81.

Entendimento este que vem prevalecendo, como entende o Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

APELAÇÃO CÍVEL - RETROCESSÃO - PRESCRIÇÃO - PRELIMINAR AFASTADA - ÁREA DESAPROPRIADA DESTINADA À IMPLANTAÇÃO DE SISTEMA DE ESGOTO SANITÁRIO - PRAZO PARA A APLICAÇÃO DO BEM À FINALIDADE DA EXPROPRIAÇÃO - INEXISTÊNCIA - DESVIO DE FINALIDADE - INOCORRÊNCIA - SENTENÇA REFORMADA - INVERSÃO DOS ÔNUS SUCUMBENCIAIS - RECURSO DA RÉ PROVIDO - RECURSO DO AUTOR PREJUDICADO. A demora na utilização do bem expropriado não gera, por si só, o controvertido direito do expropriado de reintegrar ao seu patrimônio o bem que lhe pertencia, mormente quando não se evidencia, de pronto, a ausência do declarado interesse público na área expropriada.⁹⁶

O TJSC decidiu de igual forma no processo n. 0130846-14.2013.8.24.0000, de Imbituba, que teve como relator o Desembargador Paulo Ricardo Bruschi, em 21 de julho de 2016.⁹⁷

Portanto, sendo, o direito expropriatório do Poder Público, independente de prazo, deixando para o caso concreto a análise, à luz dos Princípios da Razoabilidade e da

⁹⁶ TJSC, Apelação Cível n. 2008.058816-8, da Capital, rel. Des. Cláudio Barreto Dutra, j. 26-02-2009.

⁹⁷ . O TJSC, na Petição n. 0130846-14.2013.8.24.0000, de Imbituba, rel. Des. Paulo Ricardo Bruschi, j. 21-07-2016, já decidiu que: APELAÇÃO CÍVEL E AGRAVO RETIDO. AÇÃO DE RETROCESSÃO C/C INDENIZAÇÃO POR PERDAS E DANOS. AGRAVO RETIDO. AUSÊNCIA DE PEDIDO DE APRECIACÃO COMO PRELIMINAR DO APELO. PRESSUPOSTO DO ART. 523, § 1º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973. NÃO CONHECIMENTO. EXTENSÃO DE TERRAS DESAPROPRIADAS POR UTILIDADE PÚBLICA E INTERESSE SOCIAL. DESAPROPRIAÇÃO PARA A CONSTRUÇÃO DE COMPLEXO INDUSTRIAL PELA EXTINTA CODISC (DECRETO ESTADUAL N. 346/75). CERCEAMENTO DE DEFESA INEXISTENTE. DEMANDANTE QUE NÃO REALIZOU AS DILIGÊNCIAS QUE LHE COMPETIAM PARA A PRODUÇÃO DA PROVA PERICIAL. PRECLUSÃO CONFIGURADA. MÉRITO. PARTE DO IMÓVEL TRANSFERIDO A TERCEIROS PARA A CONSTRUÇÃO DE INDÚSTRIAS. INTERESSE PÚBLICO CONFIGURADO. MUDANÇA DE DESTINAÇÃO DO IMÓVEL E DEMORA NA UTILIZAÇÃO DE PARCELA DO BEM PELO PODER PÚBLICO. CIRCUNSTÂNCIAS QUE NÃO GERAM O DIREITO DE RETROCESSÃO. ENTENDIMENTO SEDIMENTADO NOS TRIBUNAIS SUPERIORES. TREDESTINAÇÃO ILÍCITA NÃO CONFIGURADA. REQUISITO DO ART. 1.150 DO CÓDIGO CIVIL DE 1916 NÃO PREENCHIDO. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA MANTIDA. RECURSO DE APELAÇÃO CONHECIDO E DESPROVIDO. "A demora na utilização do bem expropriado não gera, por si só, o controvertido direito do expropriado de reintegrar ao seu patrimônio o bem que lhe pertencia, mormente quando não se evidencia, de pronto, a ausência do declarado interesse público na área expropriada. (TJMG - Apelação Cível n. 1.0024.05.775032-5/001(1), Relator Des. Armando Freire, Primeira Câmara Cível, julgada em 8.5.2007)" (Apelação Cível n. 2008.058816-8, da Capital, Relator: Des. Cláudio Barreto Dutra, 4ª Câ. Dir. Púb., j. 26/02/2009). "A tredestinação do bem, por conveniência da administração pública, resguardando, de modo integral, o interesse público, não caracteriza o direito de retrocessão" (STJ, REsp n. 995724/SP, Relator: Min. José Delgado, 1ª Turma, j. 27/05/2008). AÇÃO CAUTELAR INOMINADA. REVOGAÇÃO DA ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA EM RAZÃO DA IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO FORMULADO NOS AUTOS PRINCIPAIS. PERDA SUPERVENIENTE DO INTERESSE PROCESSUAL. EXTINÇÃO QUE SE IMPÕE.

Proporcionalidade, da configuração ou não do início do direito indenizatório do ex-proprietário, ou seja, o início da obrigação do Poder Público em oferecer o bem.

3.3 PRAZO DO DIREITO DE RETROCESSÃO

O prazo prescricional para postulação da ação de retrocessão é ponto de divergência entre os doutrinadores. Alguns defendem que o direito a retrocessão ocorre no prazo de cinco anos; já outros, defendem que seria por 10 anos; contados do momento em que o poder público demonstrou de forma concreta a intenção de não utilizar o bem para qualquer finalidade de interesse coletivo.

Com efeito, a doutrina e a jurisprudência divergem. Os que defendem o prazo de 10 anos entendem que se aplica o prazo do artigo 205 do Código Civil 2002, artigo este que substituiu o 177 do Código Civil de 1960, que dizia:

Art. 177. As ações pessoais prescrevem, ordinariamente, em 20 (vinte) anos, as reais em 10 (dez), entre presentes, e entre ausentes, em 15 (quinze), contados da data em que poderiam ter sido propostas.

Já os que defendem o prazo de 5 anos, como o doutrinador Hely Lopes Meirelles, entendem ser esse prazo de apenas 5 anos, por entender que se trata de ação de natureza pessoal:

"A ação anulatória da desapropriação, como as demais de natureza pessoal contra a Fazenda Pública, prescreve em 5 anos, mas, se ajuizada temporariamente, vier a ser julgada posteriormente à incorporação do bem ao patrimônio do expropriante, resolve-se em perdas e danos, nos expressos termos do artigo 35 do Decreto-Lei n. 3.365/41".⁹⁸

Quanto ao início do prazo prescricional, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina entende que:

Desapropriação. Retrocessão. Destinação do bem expropriado. Interesse público. Resta descaracterizada a retrocessão se demonstrada indubitavelmente a intenção do Poder Público em utilizar o imóvel desapropriado a bem do interesse coletivo, mesmo que dispense a ele outra finalidade. Prescrição. Termo inicial. **O prazo prescricional para o proprietário promover a retrocessão, inicia-se da data em que se tornar manifesto o desinteresse da Administração em realizar a finalidade projetada no Decreto expropriatório⁹⁹.** (Grifou-se).

Quanto ao prazo em si, em decisão unânime o Supremo Tribunal Federal, entendeu que, embora haja opiniões no sentido de que a prescrição, em se tratando de

⁹⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*, 3. ed., São Paulo, 1975, p. 558.

⁹⁹ TJSC, Apelação Cível n. 2006.026386-8, da Capital, rel. Des. Sônia Maria Schmitz, j. 30-10-2007.

perdas e danos, ocorre no prazo de cinco anos previsto no Decreto-Lei n. 20.910, a posição mais correta é a da tese de que a prescrição tem o prazo dos direitos reais, estabelecida, antigamente, no artigo 177 do Código Civil de 1916 e, atualmente, no art. 205 do de 2002:

RETROCESSÃO. APLICA-SE-LHE O PRAZO DE PRESCRIÇÃO DE DEZ ANOS, PREVISTO NO ART. 177 DO CÓDIGO CIVIL E NÃO O QUINQUENAL, ES TABELECIDO PELO DECRETO N. 20910/32. MARCO DA PRESCRIÇÃO E A DATA DA TRANSFERENCIA DE CADA LOTE AO DOMÍNIO PARTICULAR E NÃO A DA RESTITUIÇÃO DA ÁREA A MUNICIPALIDADE, POR PARTE DA ENTIDADE PÚBLICA ESTADUAL QUE DESISTIRA DA CONSTRUÇÃO DE ESCOLA TECNICA¹⁰⁰. (Grifou-se).

Desta forma, levando em consideração o julgado do STF supracitado e o entendimento majoritário dos tribunais em relação a natureza real do direito de retrocessão (como será demonstrado no próximo tópico), conclui-se que o prazo prescricional utilizado é o estabelecido pelo Código Civil, equivalente a 10 anos.

3.4 NATUREZA DO DIREITO DE RETROCESSÃO

A natureza jurídica do direito de retrocessão há muito tempo é matéria bastante controversa. Não há consenso entre os doutrinadores e a jurisprudência.

Parte da doutrina classifica o direito de retrocessão como de natureza real, oponível *erga omnes*, e, assim, entende que o ex-proprietário tem direito de reaver o bem, mesmo que alienado a terceiros, e é nesse sentido que a jurisprudência dos tribunais superiores vem-se posicionando. Outra parte, entretanto, classifica esse direito como de natureza pessoal, disciplinando que a situação se resolveria em perdas e danos, exigidos pelo particular expropriado ao ente público expropriante, não sendo possível opor a garantia a terceiros adquirentes do bem, concordando com a classificação dada pelo Código Civil de 2002.

Existe, ainda, o posicionamento doutrinário minoritário defendido por Roberto Barcelos de Magalhães e por Di Pietro, que entende a retrocessão como direito de natureza real ou pessoal, de natureza mista, dependendo, nesses casos, da preferência do particular expropriado que poderia optar por reaver o bem ou por requerer a conversão

¹⁰⁰ STF - RE: 104591 RS, Relator: OCTAVIO GALLOTTI, Data de Julgamento: 18/04/1986, primeira turma, Data de Publicação: DJ 16-05-1986.

do seu direito em perdas e danos, determinando o pagamento de indenização pelo poder público.

Nesse sentido discorreu o Superior Tribunal de Justiça no REsp 943.604/CE, que teve como relator o Ministro Luiz Fux, da primeira turma, julgado em 05 de março de 2009, DJe 30/03/2009.¹⁰¹

Na jurisprudência brasileira ocorre a mesma divergência de posicionamentos, mas prevalece, na atualidade, o entendimento de que o direito de retrocessão teria natureza de direito real.

Sobre o assunto, entende o Tribunal de Justiça de Santa Catarina que: "*A trestinação do bem, por conveniência da administração pública, resguardando, de modo integral, o interesse público, não caracteriza o direito de retrocessão*".¹⁰²

¹⁰¹ No REsp 943.604/CE, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 05/03/2009, DJe 30/03/2009, o STJ já decidiu: PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO RESCISÓRIA. VIOLAÇÃO LITERAL À DISPOSIÇÃO DE TEXTO LEGAL (ART. 485, V, DO CPC) IRRESIGNAÇÃO VOLTADA PARA O ARESTO RESCINDENDO. POSSIBILIDADE ABERTURA DA VIA ESPECIAL. PRECEDENTE DA CORTE ESPECIAL. RAZOÁVEL INTERPRETAÇÃO CONFERIDA AO ART. 35, DO DECRETO-LEI N.º 3.365/41. SÚMULA 343/STF. MATÉRIA CONTROVERTIDA NOS TRIBUNAIS. RETROCESSÃO. DESVIO DE FINALIDADE PÚBLICA DE BEM DESAPROPRIADO. INDENIZAÇÃO. PERDAS E DANOS. 1. [...] 7. **A natureza jurídica da retrocessão tem recebida interpretação de três correntes principais: aquela que entende ser a retrocessão um direito real em face do direito constitucional de propriedade (CF, artigo 5º, XXII) que só poderá ser contestado para fins de desapropriação por utilidade pública CF, artigo 5º, XXIV. Uma outra, entende que o referido instituto é um direito pessoal de devolver o bem ao expropriado, em face do disposto no artigo 35 da Lei 3.365/41, que diz que “os bens incorporados ao patrimônio público não são objeto de reivindicação, devendo qualquer suposto direito do expropriado ser resolvido por perdas e danos.”. Por derradeiro, temos os defensores da natureza mista da retrocessão (real e pessoal) em que o expropriado poderá requerer a preempção ou, caso isso seja inviável, a resolução em perdas e danos. (REsp 819.191/SP, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, DJ 22/05/2006). 8. A Primeira Turma dessa Egrégia Corte já firmou entendimento diverso acerca da matéria (REsp 623.511/RJ, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, DJ 06/06/2005; REsp 816.251/SP, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, DJ 27/03/2006), o que revela a justeza da incidência da Súmula 343/STF ao presente. 9. Recurso especial não conhecido. (Grifou-se).**

¹⁰² Na petição n. 0130846-14.2013.8.24.0000, de Imbituba, rel. Des. Paulo Ricardo Bruschi, j. 21-07-2016, o TJSC já decidiu que: APELAÇÃO CÍVEL E AGRAVO RETIDO. AÇÃO DE RETROCESSÃO C/C INDENIZAÇÃO POR PERDAS E DANOS. AGRAVO RETIDO. AUSÊNCIA DE PEDIDO DE APRECIÇÃO COMO PRELIMINAR DO APELO. PRESSUPOSTO DO ART. 523, § 1º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973. NÃO CONHECIMENTO. EXTENSÃO DE TERRAS DESAPROPRIADAS POR UTILIDADE PÚBLICA E INTERESSE SOCIAL. DESAPROPRIAÇÃO PARA A CONSTRUÇÃO DE COMPLEXO INDUSTRIAL PELA EXTINTA CODISC (DECRETO ESTADUAL N. 346/75). CERCEAMENTO DE DEFESA INEXISTENTE. DEMANDANTE QUE NÃO REALIZOU AS DILIGÊNCIAS QUE LHE COMPETIAM PARA A PRODUÇÃO DA PROVA PERICIAL. PRECLUSÃO CONFIGURADA. MÉRITO. PARTE DO IMÓVEL TRANSFERIDO A TERCEIROS PARA A CONSTRUÇÃO DE INDÚSTRIAS. INTERESSE PÚBLICO CONFIGURADO. MUDANÇA DE DESTINAÇÃO DO IMÓVEL E DEMORA NA UTILIZAÇÃO DE PARCELA DO BEM PELO PODER PÚBLICO. CIRCUNSTÂNCIAS QUE NÃO GERAM O DIREITO DE RETROCESSÃO. ENTENDIMENTO SEDIMENTADO NOS TRIBUNAIS SUPERIORES. TREDESTINAÇÃO ILÍCITA NÃO CONFIGURADA. REQUISITO DO ART. 1.150 DO CÓDIGO CIVIL DE 1916 NÃO PREENCHIDO. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA MANTIDA. RECURSO

Minoritariamente, existe entendimento jurisprudencial que defende a natureza pessoal do direito de retrocessão, entendendo só caber resolução em perdas e danos. Nesse sentido o Superior Tribunal de Justiça já decidiu, por maioria dos votos que: “*o desvio de finalidade do bem expropriado, resolve-se em perdas e danos por violação ao art. 1.150 do CC*”.¹⁰³

Ainda:

Viola os artigos 1.150 do Código Civil e 35 do Dec. 3.365/41, o acórdão que, em ação de retrocessão determina o retorno dos bens expropriados ao patrimônio do ex-proprietário. O Art. 35 da Lei de Desapropriações é muito claro, ao proclamar que os bens expropriados, uma vez incorporados à Fazenda Pública, **não podem ser objeto de reivindicação, ainda que fundada em nulidade do processo de desapropriação. Qualquer ação, julgada procedente, resolver-se-á em perdas e danos**¹⁰⁴. (Grifou-se)

O Supremo Tribunal Federal já concordou com esse entendimento:

A retrocessão tem sido objeto de largas e vetustas controvérsias. Contudo, respeitadas as doutes opiniões em contrário, a retrocessão é a obrigação que se impõe ao expropriante de oferecer o bem ao expropriado, **mediante a devolução do valor da indenização, quando não lhe der o destino declarado no ato expropriatório**¹⁰⁵. (Grifou-se)

DE APELAÇÃO CONHECIDO E DESPROVIDO. "A demora na utilização do bem expropriado não gera, por si só, o controvertido direito do expropriado de reintegrar ao seu patrimônio o bem que lhe pertencia, mormente quando não se evidencia, de pronto, a ausência do declarado interesse público na área expropriada. (TJMG - Apelação Cível n. 1.0024.05.775032-5/001(1), Relator Des. Armando Freire, Primeira Câmara Cível, julgada em 8.5.2007)" (Apelação Cível n. 2008.058816-8, da Capital, Relator: Des. Cláudio Barreto Dutra, 4ª Câm. Dir. Púb., j. 26/02/2009). "A tredestinação do bem, por conveniência da administração pública, resguardando, de modo integral, o interesse público, não caracteriza o direito de retrocessão" (STJ, REsp n. 995724/SP, Relator: Min. José Delgado, 1ª Turma, j. 27/05/2008). AÇÃO CAUTELAR INOMINADA. REVOGAÇÃO DA ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA EM RAZÃO DA IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO FORMULADO NOS AUTOS PRINCIPAIS. PERDA SUPERVENIENTE DO INTERESSE PROCESSUAL. EXTINÇÃO QUE SE IMPÕE

¹⁰³ No informativo nº 0043, período de 06 a 10 de dezembro de 1999, a segunda turma do Superior Tribunal de Justiça decidiu: DESAPROPRIAÇÃO. DESVIO DE FINALIDADE. Trata-se de ação de **retrocessão**. O Decreto n.º 6.494/78, do Município de Guarulhos-SP, previa que no terreno desapropriado seria construída quadra poliesportiva. Em vez da quadra ser erguida, parte do imóvel foi cedida, em regime de comodato por 20 anos, para uma loja maçônica, que construiria um prédio destinado a banco de sangue e outro a curso educacional profissionalizante. O restante da área está sendo utilizado pelo Detran como pátio de estacionamento para veículos apreendidos. Após o ajuizamento da ação e anos depois, lei municipal doou parte do terreno à Fazenda Pública do Estado de São Paulo para construir a delegacia de ensino. A Turma, por maioria, entendeu que, evidenciado o desvio de finalidade do bem expropriado, resolve-se em perdas e danos o conflito por violação ao art. 1.150 do CC. REsp 43.651-SP, Rel. Min. Eliana Calmon, julgado em 7/12/1999

¹⁰⁴ STJ, Ação Rescisória nº 769 CE – 1998/0035391-7, rel. Ministro José Delgado.

¹⁰⁵ STF, RE nº 95.123 – 7, rel. Min. Soares Muñoz.

Entretanto, atualmente, a jurisprudência dos tribunais superiores vem entendendo pela natureza real desse instituto, acreditando que a questão não seria resolvida apenas em perdas e danos, mas que o ex-proprietário teria direito de reaver o bem. Nesse sentido decidiu o Superior Tribunal de Justiça que: “*a ação de retrocessão é de natureza real, portanto aplicável o art. 177 do CC/1916, não o prazo quinquenal de que trata o Dec. n. 20.910/1932*”.¹⁰⁶ Além disso, também já entendeu que: “*direito à retrocessão (art. 519 do CC, equivalente ao art. 1.150 do CC/1916), ou seja, o direito de o antigo proprietário reaver o imóvel expropriado, dá-se em caso de grave desvio de finalidade no ato estatal (tredestinação ilícita)*”.¹⁰⁷

Refletindo essa corrente de pensamento, o Supremo Tribunal Federal possui o seguinte julgado:

Ação de retrocessão. Natureza real e não pessoal. Prescrição não regida pelo Decreto 20.910, e sim pelo art. 177 do Código Civil. O termo inicial surge quando caracterizado o desvio de finalidade da desapropriação, pela reintegração da coisa desapropriada na classe das coisas privadas [...]¹⁰⁸.

¹⁰⁶ No informativo nº 0312, período de 05 a 09 de março de 2007, a primeira turma do Superior Tribunal de Justiça decidiu: RETROCESSÃO. DESVIO. FINALIDADE. BEM DESAPROPRIADO. PRAZO PRESCRICIONAL. A Turma deu provimento ao recurso e reiterou entendimento segundo o qual a ação de retrocessão é de natureza real, portanto aplicável o art. 177 do CC/1916, não o prazo quinquenal de que trata o Dec. n. 20.910/1932. Precedentes citados do STF: RE 99.571-ES, DJ 2/12/1983, e RE 104.591-RS, DJ 16/5/1986; do STJ: REsp 623.511-RS, DJ 6/6/2005; REsp 570.483-MG, DJ 30/6/2004, e REsp 412.634-RJ, DJ 9/6/2003. REsp 868.655-MG, Rel. Min. Eliana Calmon, julgado em 6/3/2007.

¹⁰⁷ O Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, no REsp 1134493/MS, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/12/2009, DJe 30/03/2010, entendeu: PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. REINTEGRAÇÃO DE POSSE. AUTORES QUE CONSEGUIRAM A RETROCESSÃO DE IMÓVEL. TREDESTINAÇÃO ILÍCITA. OCORRÊNCIA. ILEGITIMIDADE ATIVA. MATÉRIA TRANSITADA. EM JULGADO. 1. Hipótese em que se discute a Reintegração de Posse de imóvel ribeirinho, onde o recorrente extrai areia para construção civil. Argumenta que é possuidor há aproximadamente 40 (quarenta) anos do imóvel em discussão, que não pertence aos autores da Reintegratória (ora recorridos), mas sim ao Município de Paranaíba-MS. 2. O Município de Paranaíba-MS desapropriou a área em 1999. Em seguida, autorizou a exploração da atividade extrativista pelo recorrente. Ocorre que os proprietários (recorridos) propuseram Ação de Retrocessão, pois teria havido desvio de finalidade na desapropriação. O Município resolveu firmar acordo com os antigos proprietários e reconheceu seus direitos de domínio e posse sobre a área. O recorrido impugna a retrocessão e aponta ilegitimidade ativa dos recorridos. 3. O Tribunal de origem não homologou o pedido de desistência formulado pelo Município na Ação de Desapropriação, pois já havia trânsito em julgado. No entanto, reconheceu a possibilidade de desistência na Execução da condenação e considerou o acordo entabulado. 4. As instâncias de origem aferiram que o recorrente corrompeu o então Prefeito para que desapropriasse a área em litígio e a concedesse para exploração. 5. O direito à retrocessão (art. 519 do CC, equivalente ao art. 1.150 do CC/1916), ou seja, o direito de o antigo proprietário reaver o imóvel expropriado, dá-se em caso de grave desvio de finalidade no ato estatal (tredestinação ilícita). 6. Difícil imaginar exemplo mais evidente de tredestinação ilícita, porquanto a desapropriação e a outorga do imóvel ao recorrido decorreram de pagamento ilícito ao então Prefeito. 7. A rigor, parece absurdo que o recorrente venha ao Judiciário impugnar o desfazimento da expropriação, levando-se em conta a situação fática aferida pelas instâncias de origem. Não infirma a grave corrupção que viciou os atos do Município, mas atém-se a frágil interpretação da legislação federal para manter-se na exploração da área. 8. Ademais, não há interesse jurídico do recorrente em impugnar a retrocessão, já que o acordo foi firmado entre o Município e os proprietários do imóvel (ora recorridos).

Portanto, na visão dos tribunais, a natureza do direito de retrocessão é real, e, desta forma, o ex-proprietário teria direito de reaver o bem no prazo prescricional de 10 anos, após a demonstração por parte da Administração Pública, por atos inequívocos, de não utilização do bem para a finalidade pública pretendida ou qualquer outra diversa.

9. Quanto à ilegitimidade ativa dos recorridos para propor a Reintegração de Posse, a matéria já transitou em julgado, porquanto foi definitivamente afastada no julgamento da Apelação interposta contra a sentença que indeferiu, em um primeiro momento, a petição inicial. 10. Recurso Especial não provido

¹⁰⁸ STF, RE nº 104.591 – 4, rel. Min. Octavio Gallotti.

CONCLUSÃO

A Constituição Federal de 1988 classifica o direito de propriedade como direito fundamental, mas não permite que seja algo arbitrário, exigindo a aplicação função social. Além disso, a Carta Magna excepciona a regra do direito de propriedade ao permitir que o Estado, em determinadas e justificadas situações de necessidade ou utilidade pública, ou interesse social, intervenha na propriedade privada.

Desta forma, embora a regra seja a garantia do direito individual de propriedade, o interesse público é colocado em primeiro lugar e, por isso, permite-se a desapropriação em nome do interesse público. Entretanto, caso o Poder Público desapropriar em nome do coletivo e não ponha isso em prática, ou seja, caso ocorra o desvio de finalidade propriamente dito, será garantido ao ex-proprietário o direito de preferência do bem desapropriado, impedindo, assim, a arbitrariedade da Administração Pública.

Após a análise do instituto da retrocessão, sem a pretensão de se ter esgotado o assunto, resta clara a existência desse direito, tendo, a meu ver, natureza de direito real, uma vez que mesmo com a ausência de regulamentação específica e a localização problemática e equivocada no Código Civil; do ponto de vista constitucional não há espaço para questionamentos quanto à existência do instituto da retrocessão no ordenamento pátrio.

Afinal, a Constituição Federal apenas permitiu a desapropriação quando tal comportamento fosse indispensável à consecução da finalidade pública e, por isso, não seria arrazoado supormos legítima a expropriação que se visse esvaziada de seu pressuposto constitucional, de interesse público.

Não é lícito ao Estado invadir a órbita da propriedade privada quando não almejar unicamente a satisfação de interesse coletivo, pois apesar de haver garantido a propriedade, a Constituição só permitiu desapropriação quando justificada pela utilidade ou necessidade pública, ou ainda pelo interesse social. Ausentes tais requisitos, inconstitucional será a desapropriação e conseqüentemente arbitrária será a atitude do Estado que terá desrespeitado a propriedade particular sem buscar o interesse público.

Depois de entender a responsabilidade do Estado, é importante perceber que a delimitação da natureza do direito de retrocessão vai muito além de um interesse puramente acadêmico.

Ao definirmos a retrocessão como de natureza pessoal ou real, estaremos demarcando a dimensão que terá o direito a ser exercido pelo ex-proprietário. Para os que defendem o caráter pessoal do instituto, caberá apenas a satisfação em perdas e danos, já os que postulam pelo caráter real enxergam possível a devolução do bem em espécie, retornando as partes ao *status quo ante*.

Após análise das teses doutrinárias e jurisprudenciais resta clara a natureza real da retrocessão, concordando, assim, com o entendimento majoritário da atualidade.

Negar a natureza real da ação de retrocessão é restringir o direito do particular injustamente desapossado; é permitir a arbitrariedade da Administração pública ao esvaziar a garantia da propriedade prevista pela Constituição Federal, sem devida justificativa; é tornar legítimo o comportamento abusivo da Administração Pública, que no exercício de sua competência, ultrapassou os limites de sua atuação agindo muito além do compatível com Estado Democrático de Direito.

Assim, no momento que a desapropriação ocorre sem o pré-requisito do interesse público, é necessário ocorrer o retorno do bem ao patrimônio do injustamente expropriado, não sendo suscetível a substituição da reversão do bem por mera indenização ou resolução em perdas e danos.

Quando falamos em indenização, logo pensamos em contrato, oriundo de pacto entre as partes, e não há cenário mais distante da desapropriação do que este, pois não há qualquer resquício de autonomia da vontade do particular na desapropriação, que nada pode opor diante da supremacia do interesse público.

Assim, não devemos enxergar a desapropriação como um fim em si mesma. Ela deve ser entendida como instrumento de alcance da utilidade pública, sendo possível a coexistência da garantia constitucional da propriedade e do poder expropriatório do Estado que surge sempre que a supremacia do interesse público sobre o particular se fizer necessária.

O legislador do Código Civil de 2002 poderia ter colocado fim a essa confusão em torno da natureza jurídica do instituto da retrocessão, mas manteve a localização equivocada deste direito, dando a entender que se equipararia ao direito de preferência oriundo de convenção, que, uma vez não observado, ensejaria satisfação traduzida em perdas e danos.

A Constituição ao tratar da desapropriação não previu uma “venda compulsória”, espécie que não existe no nosso sistema jurídico, o que foi previsto foi a desapropriação para atender ao interesse público, não havendo qualquer autonomia da vontade do particular expropriado.

Desta forma, se a Administração não usa o bem expropriado, demonstrando não precisar do bem para qualquer interesse público, ou deixa transparecer seu intuito de vendê-lo a terceiro, a expropriação perde sua razão de ser.

A Administração Pública não age acima da lei, age adstrita ao permissivo legal, não sendo possível conceber que, fazendo uso de seu poder expropriatório, medida extremamente gravosa, despoje o particular de sua propriedade e depois, ignorando os requisitos constitucionais, não dê destinação alguma ao bem.

Além da equivocada localização do dispositivo no Código Civil de 2002, o legislador deixou de estipular prazo para que o Poder Público faça uso efetivo do bem que desapropriou, deixando margem à permanência de dúvida quanto ao início do direito que assiste ao expropriado quando omissa a intenção da Administração Pública que pode sempre se valer da justificativa de que a demora na utilização do bem expropriado não significa desvio de finalidade pública.

Nesse sentido, a posição que tem predominado tanto na doutrina quanto na jurisprudência é a que defende, a não observância, por analogia, de prazo estipulado à caducidade da declaração de utilidade pública, mas a análise do caso concreto, a fim de que se verifique a presença de circunstâncias que evidenciem a desistência superveniente de dar ao bem utilidade pública. Entendimento que concordo, embora acredite que a solução mais adequada seria a regulação de um prazo fixo pelo legislador.

A previsão de prazo para que o Poder Expropriante dê destinação adequada ao bem, tornaria menos complexa a matéria probatória a cargo do particular, visto que diante da inexistência de prazo, pode se tornar problemática a prova nas hipóteses em que a Administração não age de modo inequívoco, deixando margem à dúvida quanto à sua intenção em relação ao bem.

Entendendo o direito de retrocessão como de natureza real, opta-se pela transmissibilidade que se faz presente no instituto e negar-lhe este alcance, resolvendo a questão em perdas e danos, seria o mesmo que restringir a garantia de propriedade prevista na Constituição Federal, permitindo arbitrariedade.

Por fim, o prazo prescricional do direito de retrocessão será o mesmo dos direitos reais, ou seja, 10 (dez) anos, contados do momento em que se verificar a desistência do Poder Público em dar destinação adequada ao bem. Destinação esta, que embora possa ser outra que não a prevista pelo decreto expropriatório, não poderá ser contrária ao interesse da coletividade.

REFERÊNCIAS

- ALEXANDRINO, Marcelo & PAULO, Vicente. *Direito Administrativo Descomplicado*. 16. ed. São Paulo: Método, 2016.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- ASSIS, Luiz Gustavo de. *A evolução do direito de propriedade ao longo dos textos constitucionais*, 2008. Disponível em: <file:///C:/Users/usermaster/Downloads/67828-89259-1-PB.pdf>. Acesso em: 22/09/2016.
- BARROSO, Luís Roberto. Prefácio à obra *Interesses Públicos versus Interesses Privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007. p. XIII-XIV.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- CARVALHO, Matheus. *Manual de Direito Administrativo*. 2ª edição. Bahia: Editora JusPodivm. 2015.
- CHAMOUN, Ebert. *Da retrocessão nas desapropriações*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959.
- COULANGES, Fustel de. *A Cidade Antiga*. 5.ed. São Paulo: 2004.
- CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. *Administração Pública Democrática e Supremacia do Interesse Público*. Curitiba: Juruá, 2015.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 19ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Direito administrativo pós-moderno: novos paradigmas do direito administrativo a partir do estudo da relação entre o Estado e a sociedade*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.
- ENGELS, Friedrich. *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1982.
- FILHO, Marçal Justen Filho. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- GIGANTE, Márcia Guasti Almeida. *Revista de Direito Público*. São Paulo: RT, nº 91, p.124.
- MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Teoria e Prática da Desapropriação*. 3. ed. Saraiva, 2015.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. ed. 28. São Paulo: Malheiros, 2003.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- MUNHOZ, Manoel Eugênio Marques. *Revista de Direito Público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 11.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Revista de Direito Público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 86.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Revista de Direito Administrativo: Retrocessão no Direito Brasileiro*. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/-rda/article/view/45316/43803>>. Acesso em: 13/10/2016.

PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955.

Revista de Direito Público, nº 86 – abr./jun. ano XXI, 1988.

Revista de Direito Público, nº 91 – jul./set. ano 22, 1989.

Revista de Direito Público, vol 11 – jan./mar. ano III, 1970.

SALLES, José Carlos de Moraes. *A Desapropriação à Luz da Doutrina e da Jurisprudência*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

SANTOS, Mauro Sérgio dos. *Curso de Direito Administrativo*. Bahia: JusPodivm, 2012.

SIQUEIRA, Hélio Moraes de. *A Retrocessão nas Desapropriações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1964.